



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	法務局から土地宝典の貸出を受け、法務局内の複写機で無断複製を行った利用者の行為につき、国に損害賠償責任等が認められた事例：土地宝典事件
Author(s)	時井, 真
Citation	知的財産法政策学研究, 31, 163-218
Issue Date	2010-10
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/44346">https://hdl.handle.net/2115/44346</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	IPLPJ31_008.pdf



判例研究

法務局から土地宝典の貸出を受け、法務局内の  
複写機で無断複製を行った利用者の行為につき、  
国に損害賠償責任等が認められた事例  
—土地宝典事件—

原審：東京地判平成20. 1. 31判時2024号142頁

控訴審：知財高判平成20. 9. 30判時2024号133頁

時 井 真

**【事案の概要】**

本件原審原告ら（株式会社富士不動産鑑定事務所及びA、B）は、土地宝典120冊（以下、「本件土地宝典」）に係る各著作権を譲り受けた者である。土地宝典とは、個人や出版社が、地域の特徴に応じて隣接する複数の公図を接合して一葉内に収録し、より広範囲の地図として一覧性を高めると共に、旧土地台帳の地目・地積等の情報を追加し、また、作成者により、本来の公図に対して様々な加筆修正を加えて土地の現況を一覧できるようにした地図であり、主として不動産取引業者や金融機関の不動産の物件調査に使用されている。不動産関係業者等をはじめとする不特定多数の第三者が、業務上の利用目的をもって所定の各法務局に備え置かれた本件土地宝典の貸出を受け、各法務局内に設置されたコインコピー機により無断複製行為を繰り返していたのは、被告が本件土地宝典を各法務局に備え置いて利用者に貸し出すとともに、各法務局内にコインコピー機を設置し、当該コインコピー機を用いた利用者による無断複製行為を放置していたことによるものであり、この被告の行為は、被告自身による複製権侵害行為であるか、少なくとも不特定多数の第三者による本件土地宝典の複製権

侵害行為を教唆ないし幫助する不法行為に該当し、また、本件土地宝典の著作権の使用料相当額の支払を免れた点で不当利得にも該当する、と原告らが主張して、被告(国)に対し、損害賠償及び不当利得の返還、遅延損害金の支払を求めた事案である。

なお、原審は、原告の一部勝訴とし、これに対して被告から控訴がなされた。控訴審では、原告らの損害額を減額認定し、原判決を変更した上で、原告(被控訴人)の一部勝訴としている。

## 【判旨】

原審では、(争点1) 本件土地宝典の著作物性、(争点2) 本件土地宝典の著作権の原告らへの帰属の有無、(争点3) 被告の行為(本件土地宝典の貸出及び民事法務協会に対する法務局内におけるコピー機設置場所の提供)が本件土地宝典の著作権を侵害する不法行為に該当するか、(争点4) 損害額、(争点5) Cが法務局窓口で本件土地宝典を借り受けた者が謄写することを包括的に許諾していたといえるか、(争点6) 著作権法38条4項の趣旨は法務局窓口での本件貸出に及ぶか、(争点7) 二次的著作物の原作者の複製についての許諾権により違法性が阻却されるか、(争点8) 原告らが本件土地宝典の著作権を損害賠償請求権と共に譲り、その後権利を行使したことが信義則に違反するか、(争点9) 消滅時効の成否、(争点10) 不当利得の成否が問題となったが、以下では、争点7<sup>1</sup>、争点8<sup>2</sup>は

<sup>1</sup> 原審「被告は、原作者である被告は、本件土地宝典について二次的著作権を有する者同一の種類の権利を有するから(著作権法28条)、複製についての許諾権も有していることになり、不特定多数の第三者が法務局において本件土地宝典を複製したことについて被告に幫助行為があったと観念できるとしても、違法性が阻却されるため、不法行為は成立しない、と主張する。しかし、本件土地宝典が公図の二次的著作物であり、被告が公図の原作者であるとしても、本件土地宝典の複製には、原作者の許諾とともに、二次的著作物の著作権者である原告らの許諾を要するのであるから、原告らの許諾を得ずに複製を行うことが違法であることは明らかであり、被告の主張は採用することができない。」この点は、控訴審では、判断はなされていない。

<sup>2</sup> 原審「被告は、原告らが、本件土地宝典の著作権を損害賠償請求権と共に譲り受

注釈で示し、重要な法律問題を含む争点に重心を置いて紹介したい。

## 1. 争点1(本件土地宝典の著作物性)について

### (1) 原審

原審はまず、地図の著作物の著作物性につき、一般論を以下のように述べている。「一般に、地図は、地形や土地の利用状況等の地球上の現象を所定の記号によって、客観的に表現するものであるから、個性的表現の余地が少なく、文学、音楽、造形美術上の著作に比して、著作権による保護を受ける範囲が狭いのが通例である。しかし、地図において記載すべき情報の取捨選択及びその表示の方法に関しては、地図作成者の個性、学識、経験等が重要な役割を果たし得るものであるから、なおそこに創造性が表われ得るものといえることができる。そこで、地図の著作物性は、記載すべき情報の取捨選択及びその表示の方法を総合して、判断すべきものである。」。

次に、原審は、本件土地宝典の著作物性について、冒頭で、本件土地宝典の特徴を以下のように述べる。「本件土地宝典は、公図を主要な素材の

---

け、その数年後に権利を行使したのは、信義則に反し、権利の濫用である、と主張する。しかし、本件に顕れたすべての証拠を精査検討しても、原告らの損害賠償請求権の行使が信義則に反し、権利の濫用に当たると認めるに足りる証拠はなく、被告の主張は失当である。被告は、Cが法務局における第三者による無断複製行為を黙認していたと主張する。しかし、そのような事実を認めることができないことは既に述べたとおりである。また、権利者が権利を行使するかしないか、行使するとしてもそれをいつ行使するのかは権利者の自由であり、権利者が一定期間権利を行使しなかったことは消滅時効制度によって権利者に不利益となるのが原則であり、権利の濫用を基礎付ける有力な事情の一つとして評価されるのは例外的な場合に限られるというべきである。本件においても、原告らは、後に述べるとおり、一定期間権利を行使しなかったことにより、消滅時効制度により不利益を被っているであり、それ以上に、これを権利の濫用を基礎付ける有力な事情の一つとして評価して、自ら不法行為を継続した被告を救済すべき事情は見当たらない。」この点は、控訴審では、判断はなされていない。

一つとするものではあるものの、地域の特徴に応じて、隣接する複数の公図を選択した上でこれらを接合して一葉内に収録し、より広範囲の地図として一覧性を高めて公図に記載された情報を表示するものであり、そのため、素材とされた公図の縮尺を変更し、また、複数の公図を接合する際に、公図上の誤情報があれば、必要な補正を施して、これを接合している。』。そして、縮尺の変更や誤情報の修正に関する具体例を述べた後、さらに、「本件土地宝典においては、素材とされた複数の公図が単に接合されているにとどまらず、公図記載の情報のうち、道路、水路、河川など公有地で民間取引の対象外となる土地やJRの鉄道敷地などについては、公図上の土地境界情報を記載せずに、白色ないし黒色等で一体的に連続して表示されている。また、本件土地宝典においては、地目や地積など登記簿に記載された情報の一部が取捨選択されて」と判示し、同様にその具体例について言及している。

最後に、「以上によれば、本件土地宝典は、民間の不動産取引の物件調査に資するという目的に従って、地域の特徴に応じて複数の公図を選択して接合し、広範囲の地図として一覧性を高め、接合の際に、公図上の誤情報について必要な補正を行って工夫を凝らし、また、記載すべき公図情報の取捨選択が行われ、現況に合わせて、公図上は単に分筆された土地として表示されている複数の土地をそれぞれ道路、水路、線路等としてわかりやすく表示し、さらに、各公共施設の所在情報や、各土地の不動産登記簿情報である地積や地目情報を追加表示をし、さらにまた、これらの情報の表現方法にも工夫が施されていると認められる」として、その著作物性を肯定した。

## (2) 控訴審

控訴審では、争点1については、判断されていない。

## 2. 争点2（本件土地宝典の著作権の原告らへの帰属の有無）について

原審は、本件土地宝典につき、原告が著作権の譲渡を受けたことを認めた。控訴審では、争点2については、判断されていない。

## 3. 争点3（被告の行為（本件土地宝典の貸出及び民事法務協会に対する法務局内におけるコピー機設置場所の提供）が本件土地宝典の著作権を侵害する不法行為に該当するか）について

### (1) 原審

原審はまず、法務局による本件土地宝典の貸出及び利用者（不動産取引関係者及び金融業関係者が中心である）による複写の事実に言及した上で、被告（国）の責任と認める。すなわち、「本件土地宝典は、広範な地域の公図及び不動産登記簿等の情報を一覧することができるため、不動産関係業者等が郊外地や山林地などの物件調査をするにあたって重用されており、また、各種申請における添付資料とされていることなどから、遅くとも原告らが本件土地宝典の著作権を譲り受ける以前から、現在に至るまで、不動産関係業者等をはじめとする不特定多数の第三者が、上記のような業務上の利用目的をもって、各法務局に備え置かれた本件土地宝典の貸出を受けて、各法務局内に設置されたコインコピー機において複製行為をなしてきたことは容易に推認し得るところである」。「一方、このような公的申請の添付資料や物件調査資料としても使われるという本件土地宝典の性質上、貸出を受けた第三者がこれを謄写することは十分想定されるのみならず、閲覧複写書類の改ざん防止の見地から、コインコピー機は法務局が直接管理監督している場所に設置されているものであるから、各法務局は、本件土地宝典が貸し出された後に複写されているという事情については、十分に把握していたはずである。また、民事法務協会がコインコピー機を設置しているとはいえ、同協会は法務省所管の財団法人であって、被告が同協会に対し法務局内のコインコピー機設置場所の使用許可を与えており、かつ、実際にコインコピー機設置場所の管理監督をしているのは、上記のとおり、各法務局である。よって、被告（各法務局）は、本件土地宝典の貸出を受けた者がこれを複写しているという事情を十分に把握していたのであるから、この複製行為を禁止する措置をとるべき注意義務があったのに禁止措置をとらず、漫然と本件土地宝典の貸出行為及び不特定多数の一般人による複製行為を継続させたことにおいて、本件土地宝典の無断複製行為を惹起させ、継続せしめた責任があるといわざるを得ない。」

そして、実際にコインコピー機の管理に当たっていた民事法務協会についても、以下のように判示している。「民事法務協会は、コインコピー機の直接の管理者であり、不特定多数の一般人をして本件土地宝典の無断複製行為をさせ、これにより利益を得ていたのであるから、本件土地宝典の複製行為については、その侵害主体であるとみるべきである。そして、被告(各法務局)が本件土地宝典の複製を禁止しなかった不作為についても、被告が民事法務協会に対しコインコピー機の設置許可を与え、同設置場所の使用料を取得し、同コピー機が法務局が貸し出す図面の複写にのみ使用されるものであること、法務局がコインコピー機の設置場所についても直接管理監督をしていることを考慮すると、各法務局がコインコピー機の使用に関し、民事法務協会と共に直接これを管理監督していたものと認められ、各法務局についても、不特定多数の一般人による本件土地宝典の複製行為について、単なる補助的な立場にあるとみるよりは、民事法務協会と共に共同正犯的な立場にあるとみるのが相当である。以上によれば、民事法務協会と被告とは、本件土地宝典の不特定多数の一般人による上記複製行為について、共同侵害主体であると認めるのが相当である。」。

## (2) 控訴審

控訴審は、上記原審の判旨に対して、冒頭に以下のような判示を追加している。「民法719条1項は、数人が共同の不法行為によって他人に損害を与えたときは、各自が連帯してその損害を賠償する責任を負う旨を、同2項は、行為者を教唆又は補助した者を、共同不法行為者とみなして、共同不法行為者と同様の責任を負う旨を定めている。そうすると、被告が、不法行為に基づく損害賠償責任を負うか否かを判断するに当たっては、被告自らが不法行為者であるか否かを判断することは必要でなく、不法行為者を教唆又は補助した者であるか否かを判断することをもって足りる。そこで、以下では、被告が、不法行為者を補助した者であるかの観点から、被告の不法行為責任の有無について検討することとする。」。

控訴審は、上記判示に従って、争点3に関する原審の判断の大部分を改め、被告の侵害主体性に関する原審の判示を削除した上で、不法行為者を補助した点につき、注意義務違反としての過失があったか、以下のように

判示している。「本件土地宝典が作成された動機、本件土地宝典が公図等を原図として作成された経緯、法務局に備え置かれるに至った経緯、公的申請に当たって本件土地宝典の写しの添付が義務づけられることがあるという実情、第三者が法務局から本件土地宝典の貸出しを受ける目的が本件土地宝典の一部を複写することにある等の諸般の事情を総合すると、被告(法務局)において、第三者による違法複製がされないよう、あらかじめ、著作権者から包括的な許諾を受ける等の措置を講じるとか、第三者において著作権者からの許諾を得るための簡易かつ便宜な方法を構築するなどの相応の対応を図るべきであったといえる。また、被告がそのような包括的な許諾や簡便な方法を構築しなかった場合においても、少なくとも、本件土地宝典を第三者に貸し出すに先立ち、第三者が複製をする意図があるか否かの意思確認をし、複製をする意思があるときには、複製しようとする部分が、著作権の効力の及ぶ部分であるか否かを確認し、著作権の効力の及ぶ部分である場合には、複製がされないよう注意を喚起するなど、違法複製を抑止する何らかの対応を図る作為義務があったといえる。そして、そのような何らかの具体的な措置を講じた場合には、注意義務に違反せず、過失はないものと解される。そこで、上記の観点から、注意義務違反の有無を検討する。本件全証拠によれば、被告において、著作権者に対して、包括的な許諾を得たり、本件土地宝典を利用するための簡便な方法を構築するための努力をした形跡はないのみならず、各法務局において、本件土地宝典を第三者に貸し出すに当たって、貸出しを受けた第三者が、違法な複製行為をしないよう注意を喚起するなどの適宜の措置を講じた」と評価できるような具体的事実もなく、漫然と本件土地宝典を貸し出し、不特定多数の者の複製行為を継続させていたといえる。そうすると、適宜の措置を講じた」と評価できるような事情が認められない本件においては、被告は、貸出しを受けた第三者のした本件土地宝典の無断複製行為を補助した点について、少なくとも過失があるといえるから、民法719条2項所定の共同不法行為責任を免れない。」。

#### 4. 争点5 (Cが法務局窓口で本件土地宝典を借り受けた者が謄写することを包括的に許諾していたといえるか) について

原審は、「Cが法務局窓口で本件土地宝典を借り受けた者が謄写することを包括的に許諾していたと認めるに足りる証拠はな」とし、包括的許諾を否定した。控訴審では、この点については、判断されていない。

#### 5. 争点6 (著作権法38条4項の趣旨は法務局窓口での本件貸出に及ぶか) について

##### (1) 原審

原審は、上記争点につき、以下のように判示した。「被告は、著作権法は、38条4項に基づいて書籍等を借り受けた者が、私的使用以外の目的で複製した場合についても、著作物の貸出しが著作権を侵害することを予定していないと解するのが相当である、と主張する。しかし、著作権法38条4項は、昭和59年の法改正により貸与権(26条の2)が創設されたのに伴って、改正前から行われていた図書館、視聴覚ライブラリー等の社会教育施設やその他の公共施設における図書や視聴覚資料の貸出を、地域住民の生涯学習の振興等の観点から、改正後も円滑に行うことができるようにする目的で、貸与権を制限することにしたものである。このように、著作権法38条4項は、貸与権との関係を規定したものにすぎず、複製権との関係を何ら規定したものではないのであって、ましてや、貸出を受けた者において違法複製が予見できるような場合にまで、貸出者に違法複製行為に関して一切の責任を免れさせる旨を規定しているとは到底解することはできない。被告の主張は採用することができない。また、本件土地宝典については、その利用者である不動産関係業者や金融機関の関係者が業務上利用する目的で、貸出を受けた上でこれを複写することが多いことは明らかであるから、これらの行為が著作権法30条1項の私的使用目的での複製に該当しないことも自明である。この点に関する被告の主張も採用することができない。」。

##### (2) 控訴審

控訴審では、争点6については、判断されていない。

#### 6. 争点9 (消滅時効の成否) について

##### (1) 原審

原審は、以下のように判示して、被告の消滅時効の抗弁を認容した。「原告Aは、本件土地宝典の著作権の譲渡を受ける以前に、Cから、法務局や役所等で勝手に土地宝典のコピーを取らせるために、土地宝典の販売がうまくいかず、改訂版の発行すらできない状況になってしまったとの趣旨のことを聞かされていた」。「また、原告らは、平成12年6月30日に本件土地宝典の一部を買い取って以降、複数の不動産鑑定士に本件土地宝典の買取りを打診したものの、それらの者がいずれも、土地宝典は法務局でコピーを取得することが可能なため、一般需要者へ販売することは極めて困難である、との理由で買い取りを拒絶したため、原告らにおいて、順次本件土地宝典を買い取ることにしたものである」。「さらに、原告らは、本件土地宝典の著作権の譲渡を受ける際、その各譲渡契約書に『甲の権利として認められる違法コピー等に対する損害賠償請求権等の求償権は本日以降乙に無償にて移転する』と明記している」。「そうすると、原告らは、遅くともかかる譲渡契約のうち最終のものが締結された平成13年10月31日までは、各法務局において本件土地宝典が貸し出され、それが無断で複製されていたとの事実、及び、これにより既に損害が発生し、今後も損害が発生し得べきことを知っていたものと認められる。したがって、原告らが本件土地宝典の著作権の譲渡を受けた日から本訴提起日の3年前である平成14年8月7日までの間の違法複製に係る損害賠償請求権については、原告らは損害賠償請求権の発生と同時に、加害者たる被告に対する賠償請求が可能な程度に損害の発生を知ったものというべきであり、これらについては本件訴訟提起前に消滅時効が完成したものと認められる。そして、被告がかかる消滅時効を援用したことは当裁判所に顕著な事実であるから、被告の消滅時効の抗弁は理由がある。」。

## (2) 控訴審

控訴審では、争点9については、判断されていない。

## 7. 争点10(不当利得の成否)について

### (1) 原審

原審は、以下のように述べて、被告に不当利得が存在することを認めている。「原告らは、被告が、法務局内のコピー機における不特定多数の一般人による本件土地宝典の無断複製行為について、その侵害主体であることを前提として、法律上の原因なくして、本来支払われるべき本件土地宝典の使用料を免れてこれと同額の利益を取得した、と選択的に主張する。本件において、本件土地宝典を違法に複製した共同侵害主体と評価し得る者が被告と民事法務協会であることは前記認定のとおりである。したがって、被告は、民事法務協会と共に、法務局内において不特定多数の一般人により行われた本件土地宝典の複製行為により本来支払われるべき使用料の支払を免れてこれと同額の利益を得たものというべきであり、原告らは、これにより損失を被ったものである。よって、原告らの不当利得の請求は理由があるので、消滅時効が成立する期間内の侵害行為について、不当利得の請求が認められる。」。

### (2) 控訴審

これに対して、控訴審は、不当利得については逆の判断をしており、以下のように述べて、被告に不当利得は存在しないと判断した。「原告らは、〔1〕民事法務協会に対する法務局内におけるコピー機設置場所の提供行為、及び〔2〕本件土地宝典の貸出行為により、被告が不当な利益を得ていると主張する。しかし、原告らの主張は、以下のとおり理由がない。すなわち、民法703条は、法律上の原因なく他人の財産又は労務によって利益を受け、そのために他人に損失を及ぼした者は、その利益の存する限度において、これを返還する義務を負う旨を規定する。ところで、コピー機を設

置したのは、民事法務協会であり、本件土地宝典を複製したのは、不特定多数の第三者であり、そのいずれの行為についても、被告自らが行ったものではない。被告は、民事法務協会からコピー機の設置使用料を得ているが、当該使用料は、国有財産(建物の一部)を占有させたことによる対価の性質を有するものであって、使用許可を受けた民事法務協会が、コピー機を設置し、不特定多数の第三者に本件土地宝典の複製をさせることによって受けるコピー代金に関連して得たものではない。「また、民事法務協会が不特定多数の第三者に本件土地宝典の複製をさせることによって受けるコピー代金は、当該第三者によるコピー機の使用の対価であり、その金額は複写に要したコピー用紙の数量により定まるものであって、当該第三者が本件著作権の使用料を支払ったか否か、あるいは、そもそも複写の対象が本件土地宝典であったか否かによって、左右されるものではないから、そもそも民事法務協会についても、本件土地宝典の複製行為によって、民法703条所定の『利益』を得たということとはできない。そうすると、被告が本件土地宝典の複製行為によって、民法703条所定の『利益』を得たと解する余地はない。この点について、原告らは、被告には、その行為を合法化するために必要な支出を免れた利得があるなどと主張するが、失当である。

不法行為の制度は、加害者が被害者に対して、被害者の受けた被害を金銭賠償によって回復させる制度であるのに対して、不当利得の制度は、法律上の原因がないにもかかわらず、一方が損失を受け、他方がその損失と因果関係を有する利益を有する場合に、衡平の観点から、その点の調整を図る制度であって、それぞれの制度の趣旨は異なる。不当利得が成立するか否かは、あくまでも、損失と因果関係を有する利益を得ているか否かという、不法行為とは別個の観点から吟味すべきであることはいうまでもない。原告らの主張によれば、不法行為が成立する場合は、常に、加害者が利益を得ている結果となり不合理である。以上のとおり、不特定多数の第三者のする本件土地宝典を複製した行為が、不法な行為であり、かつその行為により利益を得ていると評価される場合に、当該行為が、不法行為のみならず不当利得をも構成することがあり、また、コピー機の設置場所を提供し、本件土地宝典を貸与する被告の行為が、幫助態様による民法719条2項所定の不法行為を構成すると評価されることがあったとしても、被

告が原告らの損失と因果関係を有する利益を得ていない以上、不当利得は成立しない。原告らの主張は、採用することができない。」。

## 8. 争点4（損害額及び損失額）について

### (1) 原審

原審は、本件について、著作権法114条の5（相当な損害額の認定）を適用し、以下の損害額を認定した。「原告らには、本件土地宝典の不特定多数の一般人による無断複製行為により、使用料相当額の損害が生じており、原告らは、民事法務協会と共にその共同侵害主体である被告に対し、同額の損害賠償を請求することができる（民法709条、719条、著作権法114条3項）。ただし、本件においては、上記のとおり、違法複製行為がなされた回数を特定することが極めて困難であるから、原告らに損害が生じたことは認められるものの、『損害額を立証するために必要な事実を立証することが当該事実の性質上極めて困難であるとき』（著作権法114条の5）に当たる。そして、著作権侵害の対象である本件土地宝典が各法務局に合計120冊備え付けられていること、本件土地宝典の売価が3万円であること」「本件土地宝典は、前記認定のとおり、複数の公図を選択して接合して一葉に表示したため、一覧性にすぐれた広範囲の情報を提供し得ること、その際に公図の誤情報を補正していること、公図情報に加え、道路、水路、鉄道などの現況情報、公共施設の所在情報、地積、地目表示などの不動産登記簿情報を付加して作成されたものであり、各種申請行為の添付資料として選択し得る資料の一つともされていたこと、特に郊外地や山林原野などの現地調査の際に便利であったことなどから、その貸出のみならずこれを複製する需要も相当程度存在したこと、本件土地宝典は従前は10年ごとに改訂されていた」「ものの、被告が本件土地宝典の著作権を侵害した期間が平成12年6月30日ないし13年10月31日から平成17年2月8日までの期間であるのに対し、本件土地宝典120冊のうち最も古いものは昭和47年3月28日に発行されたものであり、最も新しいものでさえ平成4年6月24日に発行されたものであり、平成元年以降に発行されたものは120冊中17冊にすぎないこと、原告らは本件土地宝典の著作権を、過去の損害賠償請求権も

含め、合計730万円で譲り受けていることなどの事情を考慮すると、上記期間内における本件土地宝典の違法複製行為による原告らの使用料相当額の損害は、本件土地宝典各1冊につき1年当たり平均1万円として、120冊全体で1年当たり120万円と認めるのが相当である。また、原告らは、消滅時効が認められる期間については、使用料相当額の不当利得の主張をしており、この使用料相当額も、本件土地宝典各1冊につき1年当たり平均1万円として、120冊全体で1年当たり120万円と認めるのが相当である（著作権法114条の5の類推適用）。なお、本件土地宝典の著作権が譲渡された時期は、別紙一覧表記載のとおり、平成12年6月30日から平成13年10月31日までの期間内のいずれかの日時に分かれており、この各始期から平成17年2月8日の侵害行為終了時までの期間を平均すると少なくとも48月分となる（原告らも、この期間を48か月として請求している。）。以上によれば、原告らの請求は、弁護士費用を除き、本件土地宝典の48月分の使用料相当額合計480万円（120万円×4年）の限りで理由がある（このうち、平成14年8月8日から平成17年2月8日までは著作権侵害の不法行為による損害であり（120万円×2年6月）、それ以前は不当利得による損失（120万円×1年6月）である。）。また、弁護士費用については、本件訴訟追行の困難さなど、本件訴訟に顕れたすべての事情を考慮し、96万円を相当因果関係にある損害と認める…以上によれば、原告らの損害は、合計で576万円であり、これを原告らの持分に応じて割り振ると、原告株式会社富士不動産鑑定事務所につき463万2000円、原告Aにつき86万4000円、原告Bにつき26万4000円となる。」。

原審は、以上のように判示し、被告に対し、原告株式会社富士不動産鑑定事務所に対し463万2000円、原告Aに対し86万4000円及び原告Bに対し26万4000円並びに平成17年8月24日から支払い済みまでの年5分の利息の支払いを命じた。

### (2) 控訴審

控訴審も、控訴人（被告）の損害賠償責任については、原審同様、114条の5の適用を認めた。もっとも、控訴審は、上記の通り、控訴人（被告）に不当利得はないとしているので、「争点4（損害額）及び損失額について」

というタイトルを、「争点4(損害額)」に改めている。また、控訴審は、114条の5の適用につき、同条の「相当な損害額」を認定する考慮要素として、本件土地宝典の売価が三万円であること、土地宝典に対する複写の需要が相当程度存在したこと等、原審とほぼ同様の考慮要素を列挙したものの、大幅に損害額を減額認定し、原告の損害賠償請求権が時効消滅していない「上記期間内(平成14年8月8日から平成17年2月8日まで)における本件土地宝典の違法複製行為による原告らの使用料相当額の損害は、本件土地宝典各1冊につき1万円と認めるのが相当である。」とした。そして、控訴審は、原告らの間における本件土地宝典の持分や弁護士費用について言及した上で、控訴人(被告)は、被控訴人株式会社富士不動産鑑定事務所に対し106万1500円、被控訴人Aに対し19万8000円及び被控訴人Bに対し6万500円並びに上記各金員に対する平成17年8月24日から各支払済みまで年5分の割合による利息の支払いを命じた。

## 【評釈】

### 1. はじめに

本件事件は、法務局から土地宝典の貸出を受け、法務局内の複写機で無断複製を行った利用者の行為につき、国に損害賠償責任等が認められた事例であり、原審、控訴審ともに、国に責任を認めた点で注目を浴びた著名な事件である。

また、原審、控訴審併せて、著作物性、間接侵害、非営利貸与を定めた著作権法(以下特記なき限り著作権法)38条4項、損害額の認定に関する114条の5(相当な損害額の認定)など、多彩な論点が判示されており、著作権法上も重要な裁判例といえる。なかでも、間接侵害については、同一事件について、原審が侵害主体論を中心としたアプローチ、控訴審が注意義務違反の検討によるアプローチを採用しており、両者で解決手法を異にしている点は注目に値する。また、38条については、裁判例も少ないところであり、その意味でも、本件事件は、貴重である。

そこで、本稿では、2. で、著作物性、特に地図の著作物性について検討し、続いて、3. では間接侵害論について、4. では38条4項をめぐる問題に

ついて、そして最後に、5. の損害額の認定では、114条の5の適用をめぐる問題について、それぞれ関連裁判例を分析した後、原審、控訴審判決の位置付けを検討していきたい。

## 2. 著作物性

### (1) 地図の著作物性に関する従来の裁判例について

地図については<sup>3</sup>、「一般に、地図は、地形や土地の利用状況等を所定の記号等を用いて客観的に表現するものであって、個性的表現の余地が少なく、文学、音楽、造形美術上の著作に比して創作性を認め得る余地が少ないのが通例である。それでも、記載すべき情報の取捨選択及びその表示の方法に関しては、地図作成者の個性、学識、経験、現地調査の程度等が重要な役割を果たし得るものであるから、なおそこに創作性が表われ得るものといえることができる。そして、地図の著作物性は、右記載すべき情報の取捨選択及びその表示の方法を総合して、判断すべきものである。」<sup>4</sup>と指

<sup>3</sup> 一般的に地図は、その作成のための事前調査に多大のコストを要することに加え、事実を事実として正確に記載すればするほど創作性は認められにくくなり、地図の有する経済的価値にも拘わらず、著作権法上の保護を得られない点で、データベース等と同様の問題を有する。ほぼ同旨の指摘をするものとして、半田正夫=松田政行『著作権法コンメンタール1』(2009年、勁草書房)542頁以下参照。

<sup>4</sup> 東京地判平成13.1.23判時1756号139頁〔史跡ガイドブック〕の判旨である。抽象論として、類似の判示を行う裁判例は数多い。例えば、富山地判昭和53.9.22判タ375号144頁〔富山市住宅地図〕では、「一般に、地図は、地球上の現象を所定の記号によつて、客観的に表現するものにすぎないものであつて、個性的表現の余地が少く、文字、音楽、造形美術上の著作に比して、著作権による保護を受ける範囲が狭いのが通例ではあるが、各種素材の取捨選択、配列及びその表示の方法に関しては、地図作成者の個性、学識、経験等が重要な役割を果たすものであるから、なおそこに創作性の表出があるものといえることができる。そして、右素材の選択、配列及び表現方法を総合したところに、地図の著作物性を認めることができる。」と判示されている。同様の指摘を行うものとして、例えば、作花文雄『詳解 著作権法〔第3版〕』(2006年、ぎょうせい)102頁や、著作権法令研究会編著『著作権法ハンドブック』

摘されることが多い。原審も、土地宝典の著作物性について、「地図の著作物性は、記載すべき情報の取捨選択及びその表示の方法を総合して、判断すべきものである」と判断するが、抽象的な判断基準よりも、裁判例が、どのような表現上の工夫をもって著作物性を肯定しているか、その具体例を確認していくほうが有益であろう。そこで、本件同様、原図を適宜変容するなどして新たに地図を作成した事案について、変容部分に原図とは異なる独自の著作物性が認められるかという点について従来の裁判例を概観すると、①変容部分が特定の技法に依拠しており、誰が行ってもほぼ同じ表現にならざるを得ないと考えられる場合や、②原図からの変容の程度が僅少であるような場合を除いて、独自の著作物性が肯定されることが多いようである。

裁判例を具体的に見てみると、まず、①変容部分が特定の技法に依拠しているために、変容部分につき独自の著作物性が認められなかったケースとして、東京地判昭和54.3.30判タ397号148頁〔現代世界地図〕がある。原告は、被告会社から詳細な指示を受けて当該地図を作成した者である。判旨では、たしかに、当該地図では、文字の位置や字隔、文字の巧拙、線の太さ、さらには海岸線の凹凸などについて、厳密には縮尺通りではなく、

---

(1998年、著作権情報センター) 13頁、三山裕三『著作権法詳説—判例で読む16章〔新版改訂〕』(2005年、レクシスネクシス・ジャパン) 62頁、齊藤博『著作権法〔第3版〕』(2007年、有斐閣) 90頁がある。また土地宝典同様、既存の地図を資料として編集したいわゆる編集地図について同様の判示を行うものとして、東京地判昭和44.5.31判時580号92頁〔一華地図〕がある。なお、実測ではなく、各建造物はもちろん、樹木に至るまで略画的的手法をもって手書きし、さらにこれを写真で縮小して観光用パリ市観光地図として完成させた事案のように、絵画的要素がある地図については、容易に創作性を肯定できるものと思われる(大阪地判昭和51.4.27判タ344号301頁〔パリ市鳥瞰図〕、田村善之『著作権法概説〔第2版〕』(2001年、有斐閣) 93頁参照)。なお、10条1項6号の地図の定義については必ずしも限定して理解する必要はなく、広く著作物保護の本来の要件である独創性を有していれば十分であるとするものに、半田正夫=紋谷暢男『著作権のノウハウ〔第6版〕』(2002年、有斐閣) 116頁がある。その他、地図について網羅的にその著作物性を検討するものとして、阿多麻子「事実を基礎とした著作物に関する著作権侵害」牧野利秋=飯村敏編著『新・裁判実務体系 著作権関係訴訟法』(2004年、青林書院) 369頁以下を参照。

また、誇張して表現するところの、専門的には総描といわれる技法が採用されるなど、数々の表現上の工夫をなしているが、これは、模写を業とする者が限りなく原画に近似した、あるいは、仕上がりのきれいな模写を得るための技術上の工夫であり、そのこと自体は相当の価値のある行為であっても、著作権法上の創作性は認められないとした。

また、②原図からの変容の程度が僅少であるために変容部分の一部について独自の著作物性が認められなかったケースとして、東京地判平成13.1.23判時1756号139頁〔史跡ガイドブック〕がある<sup>5</sup>。判旨では、史跡のガイドブックにおいて、「近藤勇胸像」や「近藤勇と理心流の碑」等については実物に近い形にしながら適宜省略し、デフォルメした形で記載した<sup>6</sup>点に創作性を認める一方、「関田家および大長寺周辺」の地図などは、既存の地図をもとに史跡やバス停留所の名前を記入したという以外は、さしたる変容がないことを理由に著作物性を否定した。

一方、変容部分につき、独自の著作物性を認めた裁判例としては、京都地判平成13.5.31平成10(ワ)3435〔マップナビゲーションシステム〕がある。当該事件の原告は、平成9年に京都市で開催された高校総体向けに、京都市内の競技開催地や観光名所を表示したホームページを作成した者である。当該事案の争点は多岐にわたるが、上記ホームページ上に掲載さ

---

<sup>5</sup> その他、著作物性を肯定するには、それらの工夫が、原図から一定限度の変容を伴ってなされていることを求めていると思われる裁判例として、長野地松本支判昭和42.2.17著作権関係判例集I 40頁〔松本市住宅案内図〕がある。判旨では、被告等の松本市戸別地図は原告等の松本市住宅案内図を全面的に模倣して作成したものではないが、当該住宅地図を基本としており、しかも被告等において事実上客観的な住宅状況を調査したとはいえ、原告等の場合と対比すれば相当短期間にこれを製作して発行発売するに至ったものであって、その作成方法等についても原告等の住宅案内図と対比するときは被告等の松本市戸別地図はこれを町内別に編集しなおしたにすぎず、当該地図にはこれといって特筆すべき独創性はないとして原告の複製権侵害の主張を認めた。

<sup>6</sup> なお、観光地図のようにデフォルメして漫画的要素を備えたものになると、1項4号にいう美術の著作物と6号にいう地図の双方の性格を有することになると指摘するものとして、加戸守行『著作権法逐条講義〔4訂新版〕』(2003年、著作権情報センター) 122頁がある。

れていたマップナビゲーションシステムの地図について、その著作物性が争点の一つとなった。当該マップナビゲーションシステムの地図は、都市計画地図を基礎として作成されたものである。判旨では、通信速度や見やすさを考慮して画像サイズが決められていること、道路を水色、川を薄い水色、建物を黄緑色といった色分けがなされていること、文字情報について、京都市内の観光用に、高校、大学、寺社仏閣、美術館、博物館、公衆トイレ、警察、駅、通りの名前等に絞っていること、当該地図がパソコンによってはフルスクリーンでも一部しか見えない場合があることからスクロールしても通りの名前が分かるように同一画面に複数の通りの表示をしていること等を理由に地図の著作物性を肯定した。いずれも、京都市内の競技開催地や観光名所について、制約の多いインターネットの地図上で最大効率的に表示するために情報の取捨選択や具体的な表現上の工夫がなされた事例といえることができるだろう。

また、東京地判平成4.10.30判時1460号132頁[第6号観光ハイヤー]も、変容部分について著作物性を肯定した例である。当該事件の原告は、全国各地の観光タクシー業者から提出された観光モデルコースや出迎え場所略図等について、さらに原告自身で、表現形式を統一したり記載内容を追加変更するなどして「第1号観光ハイヤー」から「第6号観光ハイヤー」までの各書籍を作成した。判旨では、モデルコースについて左端に出発地、右端に到着地が記載され、これは経由する観光地名の表示に要する字数の多少に拘わらないこと、類似するモデルコースについては、同じ観光地を經由する場合は欄の中の同じ位置にその観光地名を表示し、当該観光地を經由しない場合は観光地に相当する部分が「…」と省略表示になっていることなど、レイアウトに工夫があり、また、「お迎え場所」については太字で記載の上、当該場所の目標になる建物の略図が記されているなど、表現に強弱があることなどを理由に「第6号観光ハイヤー」中の各原告コース表及び原告案内図の著作物性が肯定されている。当該事案も、制約の多い紙面上で、観光タクシーの利用者が、料金や出迎え場所といった利用の流れや経由観光地を一覧できるよう、情報の取捨選択や具体的な表現上の

工夫がなされた事例といえることができるだろう<sup>7</sup>。

<sup>7</sup> 本文では主として、原図を変容した場合、変容部分に独自の著作物性が認められるかという方向から裁判例を検討したが、元々の原図につき、地図の著作物性が争われた事案として、以下のようなものがある。

まず、肯定例としては、東京地判平成17.5.12判タ1210号258頁[空港案内図]が挙げられる。当該事案では、原告の作成した空港案内図につき、その全てについて著作物性が肯定されたわけではないが、肯定部分について記すと、空港ターミナルの区分の仕方、フロア内施設又はフロア部分の色分けの仕方、案内図に掲載する空港施設の選択、出発と到着ごとに利用者の順路を色分けしていること等を総合して、空港案内図につき一応著作物性を肯定できるとしている。各要素については、その創造性は限定的なものであるとしつつも、それぞれの工夫を総合した結果、見やすさの点に創造性が認められるとした点が特徴的であり、空港利用者が空港施設を一覧できるよう、具体的な工夫がなされていることを重視した事例であるといえる。

また、同じく地図の著作物性の肯定例として、大阪地判昭和26.10.18昭和24(ワ)909[学習用日本地図]がある。当該事案では、原告は、小さい図面に日本全土を図示するために特定の用紙を決定してその二枚を中央で縫い合わせ折り紙状にして出来上がりや安定ある折畳み式とする方式を採用し、多円錐式図法を用いて、二百万分の一という縮尺で地図を作成し、また、地図の主要な要素をなす地名(及び山岳の状態、高度、河川の状態等の地勢の形態、都市の存在、その名称、交通施設の状態等)の選択についても、当時の中学校社会科の教科書を参酌しつつも、原告独自の基準で取捨選択して掲載した者である。大阪地判は、上記地図について原告の著作権を肯定した。たしかに、特定の技法を用いており、この点のみでは誰が行っても同じ表現にならざるを得ないため著作物性は認められないであろうが、それ以外に、日本全土のほとんどの部分を一目の下に見るよう、表現上の工夫や情報の取捨選択がなされていることを重視した事例であるといえる。

最後に、山形地判平成10.12.21平成8(ワ)250[店舗案内図]も地図の著作物性の(一部)肯定例である。当該事案の原告は、中古車販売店の依頼を受けて、中古車雑誌上に当該販売店の宣伝広告(中古車の写真、車名、販売価格及び当該中古車販売店の所在を示す案内図)を掲載することを業とする者である。判旨では、原告が広告依頼主の店舗の案内図を作成するにあたり、目標となる道路、建物等を取捨選択し相当程度簡略化してこれを作成したことが認定されており、情報の取捨選択が、当該中古車販売店利用者が現地でも目的の店舗を発見しやすくするという具体的用途を実現するためになされたものであることが著作物性肯定の主要な要素になった事案であるといえることができる。

なお、地図に関する裁判例としては、名古屋高判昭和35.8.17高刑13巻6号507頁

## (2) 原審判決の位置付けについて

以上を前提として、本件土地宝典<sup>8</sup>についての原審の著作物性の判断について検討してみよう。原審では、本件の土地宝典の著作物性が肯定されているところ、その考慮要素は以下のようなものである。まず、本件土地宝典は、地域の特徴に応じて隣接する複数の公図を接合して一葉内に収録し、より広範囲の地図として一覧性を高めて公図に記載された情報を表示しているという事情が挙げられている。こうした、地図の覧性を高めるための具体的工夫が地図の著作物性肯定の一事情となることは、前掲東京地判〔第6号観光ハイヤー〕の示すところである。また、原審では、本件土地宝典上に様々な表現上の工夫がなされていることを著作物性肯定の事情として挙げている。すなわち、公図記載の情報のうち、道路、水路、河川など公有地で民間取引の対象とならない土地やJRの鉄道敷地については、公図上の土地境界情報を記載せず白色又は黒色等で一体的に連続して表示することを前提として、さらに、公図では道とされていない土地でも現況が道路なら白地化された帯状の道路として表現し、また、土地宝典では現地調査の際に目印になりそうな公共施設の所在情報が取捨選択されて表示されているという事情が著作物性肯定の事情として挙げられている。これらの表現上の工夫は、原審も指摘する通り、民間の不動産取引の物件調査に資することを第一の目的として、情報の取捨選択や具体的な表現上の工夫がなされた事例であるといえ、前掲京都地判〔マップナビゲーションシステム〕や前掲東京地判〔第6号観光ハイヤー〕同様、情報の取捨選択に明確な目的があった事案といえることができる。

また、本件土地宝典は、既に述べたように、不動産の物件調査に資するため、元の公図に対して様々な工夫が加えられているほか、公図の接合の

---

[住宅案内図]もあるが、原因に対して原因著作権者に無断で若干の修正、増減を加えて原著作物の模造物を謄写印刷した者が、「偽作を為した者」(旧法37条)として刑事上の責任を問われた事例であり、変容部分における独自の著作物性が問題となった事案ではない。

<sup>8</sup> 土地宝典一般の調査研究については、大羅陽一「土地宝典の作成経緯とその資料的有効性(1)」歴史地理学137号(1987年)を参照。

際に公図の誤情報について必要な補正が行われており、また、各土地の不動産登記簿情報である地積や地目情報を追加表示していることなどを考えると、前掲東京地判〔史跡ガイドブック〕から見ても、本件土地宝典は、元となる公図からは相当程度変容しているものと考えられる。したがって、原審が、本件土地宝典について著作物性を肯定した判断は、従来の裁判例から見ても、妥当な判示であったと思われる。

## 3. 間接侵害論

本件事件(原審判決と控訴審判決を併せて「本件判決」と表記する)の争点の一つとして、著作物の物理的な利用者の背後で、著作権の侵害の用に供する装置や手段を提供している者にいかなる法律構成で責任を問うのかという、いわゆる間接侵害論がある。そして、原審判決の特徴として、被告(国)につき、違法コピーを禁止すべき注意義務の違反に言及する一方、様々な事情を指摘して、被告自身が「不特定多数の一般人による本件土地宝典の複製行為について、単なる幫助犯的な立場にあるとみるよりは、民事法務協会と共に共同正犯的な立場にある」としている点が挙げられる。侵害主体論を中心としたアプローチといえることができる。一方、控訴審判決の特徴として、民法719条1項(行為者を教唆又は幫助した者を、共同不法行為者とみなし共同不法行為者と同様の責任を負う旨の規定)を挙げて、「被告が、不法行為に基づく損害賠償責任を負うか否かを判断するに当たっては、被告自らが不法行為者であるか否かを判断することは必要ではなく」と判示し、原審のような侵害主体論によるのではなく、「不法行為者を教唆又は幫助した者であるか否かを判断することをもって足りる」として、幫助者としての注意義務違反を詳細に検討している点を挙げるができる。注意義務違反の検討を中心としたアプローチといえることができる。

幫助主体に対する差止請求に対して抑制的な現在の裁判例<sup>9</sup>を元にすれ

---

<sup>9</sup> 大阪地判平成15.2.13判時1842号120頁〔ヒットワン〕(112条の直接適用)、大阪地判平成17.10.24判時1911号65頁〔選撮見録〕(112条の類推適用)など、幫助主体に対する差止請求を認める裁判例もあるが、少数である。直接の侵害主体に対する差

ば、本件事例が仮に、差止請求の事案であれば、国を直接の侵害主体であるとした原審の侵害主体論による構成の方が手堅いといえる。しかし、本件判決の事案では、差止請求は定立されていないから、差止請求という視点からは、原審のような侵害主体論による必要性はない。もっとも、原審の侵害主体論は、本件原告の求めた不当利得返還請求との関係では、一定の意義があると考えられる（詳細は後述する）。

以下では、具体的に、①原審の侵害主体論を中心としたアプローチと、②控訴審の注意義務違反の検討を中心としたアプローチに分けて、それぞれの関連裁判例・学説を検討することにより、原審判決及び控訴審判決の位置付けを確認していきたい。

### (1) ①原審の侵害主体論を中心としたアプローチについて

#### ア) いわゆるカラオケ法理における位置付け

原審判決は、各法務局がコピー機の使用に関し、民事法務協会と共に直接管理監督していたものと認定して（管理性の要件）、法務局の共同侵害主体性を肯定すると共に、各法務局が民事法務協会からコピー機の設置使用料を取得していること、共同侵害主体と評価しうる民事法務協会が複製行為により利益を受けていることも併せて判示して（利益性の要件）、各法務局の侵害主体性肯定の一事情としている。これらの考慮要素は、著作物の物理的な利用者の背後で著作権の侵害の用に供する装置や手段を提供している者を直接の利用主体とみなす、いわゆるカラオケ法理<sup>10</sup>の二要件（管理性、利益性）に沿う判示事項である。

---

止請求を明示的に否定する裁判例として、東京地判平成16.3.11平成15(ワ)15226 [ファンブック罪に濡れたふたり]を参照。なお、幫助主体に対する差止請求につき肯定的な立場として、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）274頁参照。

<sup>10</sup> いわゆるカラオケ法理を確立したとされる裁判例として、最判63.3.15判時1270号34号 [クラブ・キャッツアイ]が挙げられることが多い。もっとも、同事件の調査官解説（水野武『最高裁判所判例解説民事篇 昭和63年度』165頁参照）は、同事件

もっとも、カラオケ法理については、形式的にこの二要件の名の下に、あまりにも適用を拡げて違法の範囲を拡大すると、司法限りで30条以下の権利の制限規定の意義を喪失させかねない旨の指摘もある<sup>11</sup>。カラオケ法理によると思われる原審判決の解決手法も、このような危惧に耐えるものといえるだろうか。本稿では、二要件のうち、より本質的な要件である「管理性」について、従来の関連裁判例を検討していきたい<sup>12</sup>。

---

は事例判例であって、「Yらの従業員による歌唱の勧誘、Y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」のうち、一つでも欠如すれば直ちに客の歌唱をもって店の経営者の歌唱と同視し得なくなるというわけではないとしており、同判決がカラオケ法理の二要件を定立したという見方には懐疑的である（もっとも、総合衡量ともいべき上記最判の立場につき、具体的事情に応じて判断しなければならないというのでは法的不安定性が残ると指摘するものとして、染野義信「カラオケ伴奏による客の歌唱と演奏権の侵害」判時1288号219頁（1988年）がある）。実際、上記最判以降の裁判例でも、カラオケ法理の二要件と決別したとも考えられる裁判例も出ている（例えば、東京地判平成14.8.30判時1808号111頁 [DEAD OR ALIVE 2]では、「上記 [1]」（管理性）、「[2]の要件」（利益性）「を具備している者が、著作権侵害の主体として責任を負うことがあるとしても、著作権侵害の責任を負う者が、このような者に限定される理由はない。」としており、カラオケ法理の二要件は必ずしも絶対的なものではないように思われる）。

<sup>11</sup> ほぼ同旨の指摘をするものとして、中山信弘『著作権法』（2007年、有斐閣）481頁がある。なお、カラオケ法理については、その無制限な理論の適用に危惧を呈する指摘も多い。例えば、カラオケ法理については、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に限り適用すべきであり、それ以外の類型（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）についてまで侵害を拡張することは立法の仕事であり、司法限りでカラオケ法理のようなものを用いて対応することに疑問を呈するものとして、田村・前掲注(9)295頁がある。

<sup>12</sup> 「利益性」の要件は必ずしもカラオケ法理では本質的な要素ではないと考えられており、裁判例でも、利益性の要件を緩和して把握したり、そもそも利益性の要件をたてない裁判例もある。

まず、利益性の要件を緩和して考えていると思われる裁判例として、東京地判平成14.4.11判タ1092号110頁 [ファイルログ著作権仮処分]がある。当該事例は、仮処分の事例であり、判旨の認定では、債務者が運営するインターネット上の電子ファイル交換サービスにおいて、債権者(JASRAC)が著作権を有する音楽著作物を

裁判例を概観すると、従来、カラオケ法理の管理性の要件として考慮されてきた要素は、「管理」という言葉の語感よりはかなり広いように思われる。すなわち、多くの管理性の肯定事例では、背後者による単なる場所の提供・管理のみならず<sup>13</sup>、プラスαの諸事情、特に、著作物の物理的な

MP3形式で複製した電子ファイルが、債権者の許諾を得ることなく交換されていることに関して、債権者が、上記電子ファイル交換サービスを提供する債務者の行為は、債権者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、上記電子ファイルの送受信の差止めを求めた事案であるとされている。同判決では、債務者につき、管理性の要件を検討する一方、利益性については、上記サービスを提供することにより債務者サイトへのアクセスを増加させること自体が債務者サイトの営業上の利益を増大させること、そして債務者は、このようにして価値の高まった債務者サイトに将来、広告を掲載して広告収入を獲得しようとしていること、債務者は上記サービスを有料化することを予定していることなどを挙げ、たとえ、債務者サイト上に広告を掲載したことによる現在の収入は僅かであっても、利益性の要件は肯定されるものとしている。

次に、そもそも利益性の要件をたてない裁判例として、東京地判平成19.5.25判タ1251頁319頁[MYUTA]がある。もっとも、この裁判例は、利益性の要件がほとんど検討されていない他、それ以外の考慮要素も必ずしも管理性の要件では括れないような事情を挙げて、楽曲の音源データを携帯電話で利用できるファイル形式に変換するサービスを運営している者を3G2ファイルの複製主体であるとしている点特徴的である。

<sup>13</sup> 著作物の物理的な利用者による利用を促進しても、背後者が場所を支配・管理していない場合は、管理性の要件は認められない。そのような例として、大阪地判平成9.7.17判タ973号203頁[NEO.GEO]がある。当該事件は、テレビゲーム機及び対戦モード用コントローラーを別売りとして製造販売している原告が、原告ゲーム機本体のみに接続可能な専用コントローラーを販売した被告に対し、ユーザーを手足として原告ゲーム機のみでプレイできる各種ゲームソフトウェアを上映せしめている等として、被告製品の販売差止めや損賠償請求等を求めた事案である。判旨は、背後者たる被告（コントローラーの製造者）自ら上記ゲームソフトウェアを上映しているのと同視できるためには、単に被告製品を購入したユーザーがその購入目的からして必然的に被告製品を使用してゲームソフトウェアを上映するに至ることでは足りないとする。コントローラーの販売は、著作物の利用者である各ユーザーによるソフトウェアの利用を促進させる行為であるが、それだけでは足りないということである。事案の解決としても、判旨は、被告製品を購入したユーザーが、

利用者による著作物の利用を促進するような背後者の具体的行為についても併せて認定されているといえる<sup>14</sup>。例えば、前掲最判[クラブ・キャッツアイ]では、店舗によるカラオケ装置の設置や操作に加えて、店舗従業員による歌唱の勧誘が認定されている<sup>15</sup>。また、東京地判平成10.11.20

これを被告の管理・支配の全く及ばない自宅等に持ち帰り、被告の意思等にかかわらずユーザー自身の自由意思をもって被告製品を原告ゲーム機に接続して上記ソフトウェアを上映している等の事情を挙げ、場所に対する何らかの管理が全くないような事案において被告の管理性を否定しているといえる。

<sup>14</sup> 多くの裁判例で、単なる場所の提供・管理のみならず、著作物の利用者による利用を促進するような背後者の行為まで併せて認定することで管理性の要件が肯定されているといえる。例えば、高松地判平成3.1.29判タ753号217頁[まはらじゃ]は、前掲最判[クラブ・キャッツアイ]同様、カラオケスナックの事例であり、客による歌唱について経営者がその主体であると認定するにあたり、店舗側が客に歌唱を勧める行為も併せて認定されている。

また、本文中の後掲東京地判[パレエ作品振付け著作権事件]の事案同様、興行の主催者が演奏会場の設定以外に、チケットの販売や演奏会の宣伝を初めとするセールス活動を行っていたことをもって管理性の要件を肯定した裁判例として、東京地判平成14.6.28判時1795号151頁[プロモーター]がある。

なお、前掲最判[クラブ・キャッツアイ]よりも前の事案であり、管理という用語こそ使用しないものの、業者が、単に営業所を設置するのみならず、当該営業所で楽団に対して演奏を具体的に指図（あるいは指図しうる余地）していたことをもって、楽団による音楽著作物の使用は営業主においてこれをなしているものと認定した事案として、名古屋高決昭和35.4.27判時224号15頁[中部観光即時抗告審]や、大阪地判昭和42.8.21判時496号62頁[ナニワ観光]がある。演奏の指図という行為は、著作物の物理的な利用者による利用を促進させる行為としては最も強度なものであろう。

<sup>15</sup> 一方、前掲最判[クラブ・キャッツアイ]と異なり、大阪地決平成9.12.12判時1625号101頁[カラオケルームネットワーク]では、カラオケルームの運営者による、客に対する歌唱の勧誘行為などは特段認定されずに、管理性が肯定されている。しかし、判旨も明確に指摘するように、クラブ・キャッツアイのようなカラオケスナックは、飲食物の提供が主たる営業であって客は必ずしもカラオケ歌唱を行うものではないが、カラオケルームについては歌唱の場の提供が主たる営業目的であり、客が歌唱する場及び装置の提供・管理がそのまま、著作物の物理的な利用者による利用に直結するような事案であったといえる。

平成8(ワ)19539 [バレエ作品振付け著作権事件]<sup>16</sup>では、著作物の物理的な利用者であるバレエ団の背後者である、Y1(音楽著作権の管理、邦人音楽家のマネージメント及び海外からの音楽家の招聘などを業とする会社)及びY2(コンサート、演劇、演芸の企画、制作及びその興行の仲介斡旋などを業とする会社)について、単に上演会場、上演日時、入場料金等を決定したことのみならず、Y1につき、出演者の移動及び宿泊、会場及び楽屋の用意、宣伝及び広告等の手配をしたこと、Y2につき、公演に関する新聞広告に問い合わせ先や申込先としてY2が記載されていたことや出演者の入国にあたって外務省宛に身元保証書を提出するなど入国に必要な手続きを行ったこと、演目についても関与されたことまで認定されている。いずれも、管理性の要件の判断では、単なる場所の決定・管理に

なお、カラオケボックスの事例でも、前掲大阪地決[カラオケルームネットワーク]より丁寧に、カラオケ装置の設置・管理以外の、客による著作物の利用を促進させる付加的事情を認定した裁判例として、東京地判平成12.12.26判時1750号153頁[カラオケボックス]がある。同判決では、カラオケ装置の設置以外に、「来店した客が容易にカラオケ装置を操作できるようにした上で、客を右各部屋に案内していたこと、右各部屋に楽曲索引を備え置いて客の選曲の便に供していたこと、客から求められれば原告らの従業員がカラオケ装置を操作して操作方法を教示していたこと、客は、指定された歌唱用の部屋において、定められた時間の範囲内でその時間に応じた料金を原告らに支払い、原告らが用意したカラオケソフトに収納されている曲目の範囲内で選曲して歌唱していたことが認められる。」といった事情を併せて認定して、管理性の要件を肯定している。その他、カラオケボックスにおいて同じく店舗側の管理性を肯定した裁判例として、東京地判平成10.8.27判時1654号34頁[ビッグエコー一審]や、東京高判平成11.7.13判時1696号137頁[ビッグエコー二審]がある。

<sup>16</sup> 東京地判平成10.11.20平成8(ワ)19539[バレエ作品振付け著作権事件]では、原告が請求しているのは、差止請求ではなく、不法行為を理由とした損害賠償請求だけであるから、判旨のように、カラオケ法理を適用してY2の直接的な行為主体性を肯定しなくても、実演者の著作権侵害行為を教唆ないし幫助したとしてY2の共同不法行為責任を問うる事例であったといえ、その意味で、前掲東京地判[バレエ作品振付け著作権事件]の先例的価値はそれほど高いものではなかったと評価するものとして、田村善之「上演権侵害の主体—バレエ作品振付け著作権事件」別冊ジュリスト157号131頁(2001年)参照。

加えて、会場での公演実現に資する様々な活動も併せて認定されていることが窺われる。

逆に、背後者が著作物利用の場所を提供していても、著作物の利用について、場所の提供以外に積極的な関与をしていない場合については、管理性の要件が否定されることがある。そのような裁判例として、大阪高判平成20.9.17平成19(ネ)735[デサフィナード]がある。当該事案は、1審被告がその経営する店舗において、歌手、楽器奏者及び客をして、歌唱と楽器演奏により管理著作物を演奏させ、これを来店した不特定多数の客に聴かせて、一審原告JASRACの管理著作物の演奏権を侵害したことを理由に、JASRACが一審被告に対して損害賠償請求等を請求した事案である。大阪高裁は、一審被告店舗内におけるアマチュアによるピアノ演奏<sup>17</sup>及び上記店舗主催のプロのライブ演奏については、上記店舗経営者による場所の提供行為以外に、一審被告による企画・広告活動(ピアノ演奏について)、ライブの最終的な企画行為(ライブ演奏について)をも併せて判示して、演奏の主体は上記店舗経営者であるとした。その一方、第三者主催のライブ演奏及び貸切営業については、一審被告が演奏場所を提供していても、それ以外の積極的関与がほとんど無い(例えば第三者主催のライブ演奏については、1審被告である店舗は、「例外的に予約を受け付けることがある以外、何らの関与もせず」と認定されている)ことを挙げ、管理性の要件を否定して、上記店舗経営者は演奏の主体とはならないとした。裁判例が、単なる場所の提供・管理のみによって管理性の要件を肯定しない好例であるといえそうである<sup>18</sup>。

<sup>17</sup> もっとも、演奏者が店舗の従業員であるようなケースでは、カラオケ法理を用いるまでもなく、会社を直接の著作権の侵害主体であるとしてよいだろう。詳細は、田村・前掲注(4)345～346頁参照。

<sup>18</sup> いわゆるシステム支配型(後記注(20)参照)の事例であるが、東京地決平成18.8.4平成18(ワ)22027[まねきTV]も、被疑侵害者が、まねきTVという利用者のロケーションフリーテレビの設置場所を提供しただけであって、それ以外には、著作物の積極的な利用促進行為をしていないために公衆送信の主体ではないとされた事例として読むことも可能であろう。

前掲東京地決[まねきTV]の事案は、同様に放送を自動的に録画して個々の利用

カラオケ法理については今日、様々な危惧が呈されているが<sup>19</sup>、このよ

者の指示に応じて利用者のパソコンに配信するサービスを展開し、事業者を複製権の侵害主体とした知財高判平成17.11.15平成17(ラ)10007〔録画ネット抗告審〕と比較すると、いくつか事案の相違点があるが、本稿の問題意識からは、被疑侵害者(事業者)のデータセンター内に設置されたベースステーションが、ソニーのロケーションフリーテレビという汎用品であって事業者自身が開発した機器ではなく、しかも機器の調達も利用者に委ねられていた点や、ロケーションフリーテレビとは別個の事業者自身によるサーバーが設置されていないことが注目される。その他、前掲東京地決〔まねきTV〕では、前掲知財高判〔録画ネット抗告審〕の事例と異なり、利用者によるベースステーションへのアクセスの際に何ら認証手続を要しないとされていることも判示されている。これは、本文中で述べた、裁判例における管理性の考慮要素のうち、著作物の物理的な利用者による著作物の利用を促進するような背後者の具体的な行為の有無というよりは、背後者による(著作物利用の)場所の提供・管理の有無の判断要素であると考え方がよいだろう。システム支配型では、どこに機器・システムを設置するかによって利用者による具体的な利用方法に大差が生じるわけではないから、機器・システムにアクセスする際の認証の要否という視点は、システム支配型における、著作物の利用場所の提供・管理の主体を判断する上で、重要な考慮要素になるように思われる。まねきTV事件の詳細は、佐藤豊『テレビ放送をインターネット回線を経由して視聴するシステム』を使用するための設備提供の是非—まねきTV事件—知的財産法政策学研究15号241頁以下(2007年)を参照。もっとも近時、前掲知財高判〔録画ネット抗告審〕の事例とほぼ同じ事案でありながら、デジタル技術の飛躍的進展やインターネット環境の急速な整備といった大局的な視点に言及し、従来私人が適法ではあるが非効率的な方法でしかできなかった日本国内のテレビ番組の海外での視聴を、飛躍的に容易にするサービスについて非侵害とした知財高判平成21.1.27平成20(ネ)10055〔ロクラク二審〕がある。従来のカラオケ法理の機械的適用とは全く違った観点により非侵害を導く点で、今後の裁判例に多大な影響を与える可能性のある判決である。詳細は、田村善之「著作権の間接侵害」知的財産法政策学研究26号63～65頁(2010年)、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26号75頁以下(2010年)、特に108頁以下参照。

<sup>19</sup> 例えば、カラオケ法理については、法的根拠が明らかではなく、また、要件設定の根拠、内容があいまいで直接侵害者の外延がかえって不明確になること、本来の直接行為者の侵害の成否とは無関係に背後者につき侵害が成立しうるため、侵害成立の範囲までも不当に広がるおそれがあるものと評価するものとして、前掲最判〔クラブ・キャッツアイ〕の評釈である、大淵哲也「間接侵害(1)—カラオケスナッ

うにして見る限りは、裁判例では、いわゆるシステム支配型のような類型を除き<sup>20</sup>、大筋では管理性の要件について比較的慎重な判断がなされてきているように思われる<sup>21</sup>。

こうした関連裁判例から見ると、本件は、法務局は、単にコインコピー機の設置場所を直接管理監督していたことに止まらず、複写の対象となった土地宝典自体を貸し出しており、まさに、法務局自身が土地宝典の違法な複製を促進する結果を生じさせていた事例である。原審も、単に法務局がコインコピー機の設置場所を直接管理監督したことをのみを管理性認定

ク」著作権判例百選第4版191頁(2009年)がある。

<sup>20</sup> 間接侵害については、①場所機会提供型、②道具提供型、③システム支配型に分けて考えることができる。デジタル技術の進捗により、必ずしも場所を支配しているとはいえないような類型であってもカラオケ法理を適用して背後者の行為が主体性を肯定していると思われる事案が見られる。例えば、東京地決平成14.4.9判時1780号71頁〔ファイルログ著作隣接権仮処分〕、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〕といった裁判例を挙げることができる。このような類型は、いわゆるシステム支配型として、有機的に結合した一つの録画システムに対する支配を通して、人的支配を擬制しているという考え方がある。以上について、詳細は、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頁以下(2007年)を参照。

もっとも、システム支配型のような類型にカラオケ法理を用いること自体に疑問が提起されている。例えば、システム支配型のように、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すると、結局、人の利用行為を規制するのではなく、(現行法で違法類型とはされていない)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結果となり、妥当ではないとするものに、田村・前掲注(9)293頁がある(土地宝典事件は、システム支配型ではないと思われるので、裁判例の検討は上記各文献に譲る)。

<sup>21</sup> もっとも、管理性の要件に、様々な考慮要素を入れることについては、批判もあるところであると思われる。例えば、カラオケ法理の主たる要件となっている管理支配性の要件は、非常にわかりにくく、具体的な新サービスについてこの要件を具備するか、著作権法を専門分野にする弁護士であっても裁判所の判断の正確な予測が困難であるとの指摘もなされている(上野達弘=小島立「著作権法における『間接侵害』と権利制限規定」NBL900号82頁(2009年)の小倉秀夫氏の発言部分)。既存の裁判例で「管理性」の要件の下考慮されていた要素を明文化する形で著作権法でも間接侵害を立法化する方向が好ましいように思われる。

の事情として挙げるのではなく、当該「コピー機が法務局が貸し出す図面の複写にのみ使用されるものであること」まで併せて判示して管理性を認定しており、こうした原審の認定手法は、単なる場所の提供・管理のみによって管理性の要件を肯定しない従来の裁判例と軌を一にするものといえるだろう。

なお付言するに、原審判決については、法務局自身が土地宝典を貸し出していたという特殊な事案の下での判示である以上、その射程も自ずから限定されたものになるだろう。例えば、コンビニエンスストア等に設置してあるコインコピー機で、文書又は図画について、私的複製の対象外となるような違法な複製が利用者によってなされた場合であっても、コンビニエンスストア自身が当該文書又は図画を貸し出しているわけではないから、原審判決をもってしても、そのような事例についてまでコンビニエンスストアの経営者が責任を負うものではないと考えられる<sup>22,23</sup>。

#### イ) 不当利得返還請求における侵害主体論の適否

カラオケ法理における原審判決の位置付けは、上記の通りであるとしても、そもそも本件事案の解決において、カラオケ法理を用いることはどのような意義があったのだろうか。

---

<sup>22</sup> コンビニエンスストア等の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で複写する場合は、30条の私的複製の対象外であるが、専ら文書又は図画の複製に供する複製機器については30条1項1号の自動複製機器からさらに除外されるという規定になっており(附則5条の2)、公共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写機器を用いる場合であっても、文書又は図画の複製については、当分の間、自由に複写できることになる。もっとも、会社などの団体でその組織の目的を遂行する過程において複製する場合は、元々30条の適用外と考えられている(著作権法令研究会編著『著作権法ハンドブック[第4版]』(2001年、著作権情報センター)229頁)。

<sup>23</sup> 店頭に複製機器を設置して利用者に提供するのみならず、マスターテープをも店舗側が提供していたことも併せて判示して、利用者による複製は店舗による複製行為と同視すべきものとした高松地判昭和60.3.29昭和60(ワ)34[音楽テープ]の存在もそのような読み方を支えるだろう。

原審の用いた、カラオケ法理による侵害主体論は、損害賠償請求との関係ではそれほど大きな意義があるものではない。本件事案は、著作物の物理的な利用主体による複写自体が、私的複製の対象外として違法である事例<sup>24</sup>である。このような事例は、控訴審が指摘する通り、背後者が不法行為を幫助したといえるかどうか、明文のある民法719条2項によって解決すれば足り、あえて解釈論であるカラオケ法理を用いる必要性は無いからである<sup>25,26</sup>。

---

<sup>24</sup> 「また、本件土地宝典については、その利用者である不動産関係業者や金融機関の関係者が業務上利用する目的で、貸出を受けた上でこれを複写することが多いことは明らかであるから、これらの行為が著作権法30条1項の私的使用目的での複製に該当しないことも自明である。この点に関する被告の主張も採用することができない。」(原審)。

<sup>25</sup> カラオケ法理が想定している典型例は、著作物の物理的な利用主体による著作物の利用が、権利制限規定の適用により適法である場合であると思われる。もっとも、裁判例では、著作物の物理的な利用主体による著作物の利用自体が違法であると思われる事例でも、カラオケ法理を用いて被告の損害賠償責任を肯定しているものがある。前掲東京地判[バレエ作品振付け著作権事件]や前掲東京地判[プロモーター]がそうである。いずれの事件においても、実際に舞台上で実演ないし演奏している者(著作物の物理的な利用主体)は出演料を得ており、38条1項の非営利要件をみたしておらず、上演権ないし演奏権を侵害し、違法であると思われる。それにも拘わらず、両判決が、背後者であるプロモーターについて、著作物の物理的な利用主体に対する幫助者であるとせず、カラオケ法理の適用により著作物の直接の利用侵害主体であるとしたのは、当該背後者は、主催者として公演を積極的に主導しており、「幫助」(民法719条2項)とするのでは事案に適合的ではないことによるものである、と説明することもできるかもしれない。もっとも、本件事案については、法務局は、土地宝典を貸し出し、複写機の設置場所について設置許可を発布しているが、前掲東京地判[バレエ作品振付け著作権事件]や前掲東京地判[プロモーター]の事案と異なり、利用促進のための広告活動や複写料金の決定といった行為までは行っていないことから、「幫助」として、民法719条2項によって解決できた事案であるように思われる。

<sup>26</sup> もっとも、損害賠償請求との関係でも、幫助者としての注意義務と、(規範的なものであっても)直接の侵害主体としての注意義務には、その内容に差異があると考えるのであれば、本事例にカラオケ法理を用いるメリットもあるといえそうであるが、(損害賠償請求との関係では)少なくとも原審の判旨からその正確な意図を

原審のような侵害主体論が意味を持つのは、原告の定立した、不当利得返還請求の場合であろう。すなわち、法務局を複製権の侵害主体であると構成することにより、法務局が土地宝典を複製するに際して著作権者に本来、支払うべき著作権使用料相当額の支払を免れた点を捉えて「利得」と構成する、あるいは、複製行為自体を「利得」と構成できる余地が生じるのである。こうした点で、侵害主体論を不当利得返還請求の場面で用いるメリットは大きい。

もっとも、問題となるのは、土地宝典を物理的に違法複製している利用者の複製行為のみならず、規範的に見て複製しているものとされた背後者の複製行為であっても、「利得」とすることができるかどうかという点である。

本稿に先行する本件事案の評釈においては、「侵害利得の場合には、経済的な意味においてではなく、請求権者である権利者に本来帰属すべき使用・収益・処分等の権能が事実上相手方によって行使されていること自体が『利得』である」とした上で、本件土地宝典の複製権能を事実上行使しているのは現実の複製主体たる不特定多数第三者であって、規範的に導かれた複製権侵害主体たる被告ではないことを理由として、侵害主体論を用いた「利得」の認定に否定的な見解が提示されている<sup>27</sup>。

しかし、侵害利得<sup>28</sup>の議論においては、「事実」という言葉は実に多様な

窺い知ることは困難である。原審にも、被告の注意義務について言及する箇所はある。しかし、原審では、カラオケ法理による侵害主体論は、注意義務によるアプローチよりも後ろの箇所述べられており、しかも、注意義務論とは独立に検討されている印象を受ける。原審の原告は、被告の責任を問う法律構成として、カラオケ法理による構成と、不法行為者に対する教唆ないし幫助構成を並列して主張しているところ、前者の方がはるかに比重を置いて主張されていることからすると、原審のカラオケ法理による解決も、こうした原告の主張によるものかもしれない。

<sup>27</sup> 本山雅弘「地図の著作物性と規範的な侵害主体による不当利得の成否－土地宝典事件」L&T 41号117頁(2008年)。井上由里子「図書の貸出しおよびコピー機設置場所提供行為と共同不法行為責任」ジュリスト1376号312頁(2009年)においても、侵害主体の問題と不当利得の問題は峻別して論ずべき旨の指摘がなされている(本件控訴審判決の評釈である)。

<sup>28</sup> 不当利得法においては、どのような類型を立てるかについては争いがあるところ

意味で使われているようであり、「請求権者である権利者に本来帰属すべき使用・収益・処分等の権能が事実上相手方によって行使されていること自体が『利得』である」<sup>29</sup>という場合の、「事実上」という一言にどれほど積極的な意味が込められているかという点は、再考の必要があるだろう。上記学説は、受益者とされる者の行為自体を「利得」として構成してよいという点に比重があるのであって、「事実上」という言葉に、カラオケ法理といった著作権法の議論まで見越した上で、規範的な使用行為では「利得」たり得ないとする趣旨まで含めているものではないように思われる<sup>30</sup>。むしろ、財産法により権利者に排他的に帰属が割り当てられた権利・利益の価値が権利者以外の者に帰属している場合に、排他的帰属が認められた権利・利益の回復を図るのが侵害利得制度であるとする割当内容説によれば<sup>31</sup>、「利得」についても、具体的な財産の増加とする従来の総体差額説のような立場を否定し、他人の物の利用(譲渡、使用、利用、消費)自体を

だが、給付利得と侵害利得に分けて類型ごとに要件・効果を検討することが多いものと思われる(内田貴『民法Ⅱ債権各論』(2000年、東京大学出版会)522頁)。本件事案は、国(法務局)と土地宝典の著作権者に外形的にも契約関係はないから、侵害利得の事案であるといえそうである。

<sup>29</sup> 谷口知平＝甲斐道太郎『新版 注釈民法(18)』(1991年、有斐閣)421～422頁[田中整爾執筆部分]。

<sup>30</sup> 裁判例でも、「不当利得における『利得』とは、請求権者である権利者に本来帰属すべき使用・収益・処分等の権能が事実上相手方によって行使されることをいうことから、著作物を無断で使用することは、法律上の利得と評価できる。」と本文とほぼ同じ基準を挙げながら、カラオケ法理の適用により規範的に把握された著作物の利用主体(カラオケ歌唱室の経営者ら)についても何ら権限無く著作物を利用してと評価して、経営者らに利得があると認定し、不当利得返還請求等を認めた事案として、神戸地判平成13.11.16平成11(ワ)424[カラオケスタジオSTEPS]がある。また、規範的に把握された著作物の利用主体に不当利得返還を認めた裁判例として、長野地松本支判平成8.3.18平成6(ワ)282[カラオケスナックデュエット等]、名古屋地判平成11.10.8平成11(ワ)932[カラオケ天国ゴリラ]、東京高判平成13.7.18平成13(ネ)787[カラオケ・ランド]、前掲大阪高判[デサフィナード]がある。

<sup>31</sup> 割当内容説の紹介は、潮見佳男「著作権侵害を理由とする損害賠償・利得返還と民法法理」法学論叢156巻5=6号247頁(2005年)に依った。

「利得」と捉える<sup>32</sup>。すなわち同説では、現実的な利益は得ていなくても他人の権限を利用した点を捉えて「利得」の存在を肯定する点で<sup>33</sup>、「利得」

<sup>32</sup> 村田大樹「侵害利得における返還内容の多様性」同志社法学56巻5号363頁(2005年)。この点、割当内容説をヴィルブルグから承継したケメラーは、利用の結果ではなく、使用、収益、処分それ自体を権利の割当内容であると表現する(長谷川隆「無断使用による権利侵害と不当利得法的視点(1)」富大経済論集35巻3号127頁(1990年))。ヴィルブルグ・ケメラーらによる類型論展開の経緯については、加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』(1986年、有斐閣)93頁以下が詳しい。なお、ケメラーは、「利得」、「損失」、「法律上の原因の無原因」等の問題性を、権利の割当内容説による「(利得保持の)不当性」の分析を媒介して明確に止揚・統一しようとする立場であり(好美清光「準事務管理の再評価」『谷口知平教授還暦記念 不当利得・事務管理の研究(3)』(1972年、有斐閣)389頁)、このようなケメラーの立場は、日本法の解釈にも反映されている(例えば、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為(上)』(1981年、青林書院新社)184頁は、侵害利得類型においては、受益、損失、因果関係の要件は、原告の権利の割当内容に反し、被告が受益したことに尽きるとしている)。

<sup>33</sup> 侵害利得制度の構成については、本文中で述べた割当内容説の他に、侵害者が違法な行為によって取得した利益を侵害者の下から剥奪して権利者に与えるのが侵害利得制度であるとする違法性説がある(潮見・前掲注(31)247頁。なお、違法性説については、利得と損失の間の、「直接的な財産上の接触」に代えて行為の違法性要件を要求したと説明するものとして、川角由和『不当利得とはなにか』(2004年、日本評論社)95頁がある)。被告(国)を、民事法務協会と共に本件土地宝典を違法に複製した共同侵害主体であることを前提に被告に利得を認める原審の判旨は、割当内容説よりは違法性説からの方が説明しやすいように思われる(本山・前掲注(27)117頁は、原審は違法性説を前提とするものではないとする)。もっとも、潮見・前掲注(31)250頁では、割当内容説と違法性説のいずれをとるかによって、利得の返還範囲が論理必然的に決まるものではないとされている。また、違法性説については、伝統的には絶対権に限られていた割当内容を持った権利か否かが限界線上で問題となっていた権利に権利保護を拡大しながら、内容的には割当内容説に接近することで割当内容説を補完してきたと評価する立場もあり(藤原正則『不当利得法』(2002年、信山社)211頁)、そうだとすると、両説の基本的立場の違い、すなわち、侵害行為の違法性を不当利得の成否につき視野に入れるかという、両説の出発点の違いにも拘わらず、結局両説は対立する考え方ではないのだろう。そうだとすれば、原審の判旨がどちらの立場を採用したものか、厳密な詮索をすることは実益に乏しいように思われる。なお、割当内容説については、いかなる権利が割当

概念は抽象化・規範化されている<sup>34</sup>。そうすると、規範的に把握された使用主体による複製行為であっても、複製に際し、著作権者の権限を利用していると評価される点に変わりはない以上、規範的な侵害主体による複製行為をもって「利得」と捉えることは可能であるように思われる。このように見ると、不当利得返還請求の場面でも侵害主体論を用いることは可能であって、両者は密接に関連した問題であるといえる。

ここで改めて原審判決を見ると、不当利得の認定場面では、改めて被告(国)と民事法務協会について、本件土地宝典に関する複製権の侵害主体であることを再言した上で、「被告は、民事法務協会と共に、法務局内において不特定多数の一般人により行われた本件土地宝典の複製行為により本来支払われるべき使用料の支払を免れてこれと同額の利益を得たものというべきであり、原告らは、これにより損失を被った」と判示している。割当内容説の立場を貫徹すると、(規範的なものであれ)他人の著作物を無権限で利用したこと自体、財貨秩序を乱したものと十分、「利得」として把握できるから、判旨のように、本来支払うべき使用料相当額を免れたという出費の節約を「利得」と捉える必要はない<sup>35</sup>。

内容を有するかという核心部分について全く曖昧な基盤に立脚されているとの批判も多いが(例えば、村田大樹「侵害利得論における『割当内容をもつ権利』の判断構造」同志社法学60巻7号613頁(2009年)、長谷川隆「無断使用による権利侵害と不当利得法的視点(2)」富大経済論集36巻2号304頁(1990年)、山田幸二『現代不当利得法の研究』(1989年、創文社)69頁)、人工的に設定された強力な排他権である無体財産権については、現在では、割当内容のある権利であることに争いは無い(藤原・前掲211頁)。一方、違法性説についても、不当利得責任を不法行為責任という別の制度に接近させる結果になりかねないとの批判が多いが(例えば、長谷川・前掲注(32)123頁、四宮・前掲注(32)189頁)、これについても、本件事例は元々、土地宝典についての複製主体(物理的な複製者、規範的に見た場合の複製者双方共に)が違法複製をしているケースであるから、同説に対する批判が本件で直ちに問題になるものではないように思われる。

<sup>34</sup> 田村善之『知的財産権と損害賠償[新版]』(2004年、弘文堂)106～107頁参照。ほぼ同旨として、花本広志「無体財産権侵害における実施料相当額の損害賠償と不当利得」獨協法学54号183頁(2001年)がある。

<sup>35</sup> 田村・前掲注(34)269頁参照、谷口＝甲斐・前掲注(29)430頁[田中整爾執筆部分]、

しかし、基本的に不当利得返還請求においても侵害主体論を活用して解決を図る立場であるとはいえ、このような原審の解決手法は、是としうるものであろう。

## (2) ②控訴審の注意義務違反の検討を中心としたアプローチについて

前述のように、控訴審判決は、幫助者としての注意義務違反（土地宝典の直接的な複写主体である不動産関係業者等による違法な複製を抑止すべき注意義務）を詳細に検討し、被告（国）の損害賠償責任を肯定している。そこで、(2)では、幫助者の負う注意義務違反による構成を用いた関連裁判例から、控訴審判決の位置付けを確認していきたい。

そのような裁判例は、比較的少数であり、いずれもカラオケ装置のリース業者の共同不法行為責任が問題となった事案である。そのような例としてまず、最判平成13.3.2判時1287号3頁[ナイトパブG7上告審]がある。判旨は、抽象論として、「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…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。」とする。そして、事案の解決としても、上記の状況にあるカラオケ装置のリース業者が、単にリース契約の相手方にJASRACと著作物使用許諾契約を締結するよう告知したのみであって、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していないことを挙げ、上記条理上の注意義務違反を認定している。

また、大阪高判平成9.2.27判時1624号131頁[魅留来二審]も、リース物件のカラオケ装置等が営業目的のために使用される場合、リース業者には、①JASRACとの間で著作物使用許諾契約を結ぶようリース先のカラオケスナック店の経営者に対し周知徹底させる義務、②リース契約締結中の

---

川角由和「不当利得法における『出費節約』観念の意義」島大法学34巻2号40頁(1990年)参照。

者に対してもJASRACとの使用許諾契約の締結の有無を調査確認し、未だ許諾契約締結に至っていない場合は経営者に対し速やかに、かつ、円満に原告との間の契約締結交渉に応じるよう指示、指導すべき注意義務、③もしその指示指導に経営者が従わないときは、直ちにリース契約を解除してカラオケ装置を引き揚げるべき注意義務があるとし、事案の解決としても、控訴人会社は、これらの注意義務をいずれも怠り、何ら適切な著作権侵害防止措置を講じないまま前記著作権侵害行為に及んだ店舗側と本件リース契約を継続、更改して本件装置を提供した旨判示してリース業者の責任を肯定した。

両判決では、注意義務の内容についての抽象論には表現の差異がある。ただ、両判決を事実関係の面から通して見ると、リース業者が、リース先のカラオケスナック店に対してJASRACと使用許諾契約を容易には締結しないようファックスを送信するなど、JASRACによるカラオケ管理の妨害行為の疑いすら招きかねない行為<sup>36</sup>を行っていた前掲大阪高判[魅留来

---

<sup>36</sup> 大阪地判平成6.3.17判時1516号116頁[魅留来]は、以下のような認定をしている。被告会社は、昭和63年9月6日、リース先の津市内のスナック店の経営者に対し、「カラオケ著作権料心得」と題する文書(甲七一の1)及び旭川民主商工会作成の「不況においうちかけるカラオケ著作権料の契約押し付けは反対」と題するチラシをファックス送信した。右「カラオケ著作権料心得」と題する文書には、「1 事前連絡もなく店に来た時は、『急に来ても困る、営業中なので、帰ってほしい』と断わりましょう。2 身分証明書、もしくは名刺で、名前を確認しておきましょう。3 『契約しなさい』と言われたら、なぜ契約しなければならないのか良く聞き、なっとくしない時は『音楽著作権協会の言っている事は、なっとくできないので考えておく』と言って帰ってもらいましょう。4 『罰則もある、裁判になる』等の言動は、おどかしであり、協会本部でも、『そういう言動は、していないはず。していたら報告して下さい。あらためさせます。』と言明しています。『そういう態度では、契約など、とてもできない』とハッキリ答えましょう。5 『五坪以下の店は、当分無料なので、届出してください』と言われた～届出は『有料になった時はお金を払います』という事を認めたこととなります。6 印かんは命、押す時は、ひと晩考えてからにしましょう。」と記載されており、また、右チラシには、「最高裁判決の例は、もともと生演奏で争っていたものが、途中からこのお店が一部カラオケにきりかえたため、カラオケ歌唱でも争うことになった特殊なもの。著作権協会がこうした個別事例の判断を一般に広げるのは問題です。」などと記載されていた。

二審] はもちろんのこと、リース契約の相手方にJASRACと著作物使用許諾契約を締結するよう告知はしていた前掲最判 [ナイトパブG7 上告審] においても注意義務違反に基づく損害賠償責任が肯定されたことに注意を要するだろう。

そして、カラオケ装置のリース業者とコピー機の設置許可者という差異はあるが、両者共に著作物の直接の利用者による利用を補助する立場にある点では同様であると考えて、上記2判決の事実関係との関係で控訴審判決について見ると、法務局には、利用者に対して適法な著作物の利用をしないよう積極的に働きかけた等の事実はもちろん存在しない一方で、土地宝典利用者に対して、著作権法違反となるような複製をしないよう注意を喚起したという事実も存在しない。したがって、幫助者側の行為態様についていえば、控訴審判決の事案は、前掲大阪高判 [魅留来二審] と前掲最判 [ナイトパブG7 上告審] の中間に位置しているといえ、上記両判決においてリース業者の注意義務違反が肯定されるのであれば、本件判決の事例でも被告の注意義務違反が肯定されるものといえ、被告に注意義務違反による損害賠償責任を認めた控訴審判決の結論については、従来の裁判例の枠の範囲にあると評価できるように思われる。

なお、控訴審判決は、法務局が負う注意義務について言及する中、その後半で、「少なくとも、本件土地宝典を第三者に貸し出すに先立ち、第三者が複製をする意図があるか否かの意思確認をし、複製をする意思があるときには、複製しようとする部分が、著作権の効力の及ぶ部分であるか否かを確認し、著作権の効力の及ぶ部分である場合には、複製がされないよう注意を喚起するなど、違法複製を抑止する何らかの対応を図る作為義務があったといえる。そして、そのような何らかの具体的な措置を講じた場合には、注意義務に違反せず、過失はない」と判示する。そこで、控訴審判決の判示に忠実に従えば、仮に、本件判決の事例で法務局が、土地宝典の貸出を受けた利用者に対して上記のような注意を喚起していれば、国に損害賠償責任は生じないということになるだろう。

もともと、土地宝典の貸出を受けた利用者には違法な複製をしないよう、法務局が注意を喚起するだけで、違法な複製を現実に防ぐことができるのだろうかという疑問は残る。土地宝典が現実の不動産取引において土地等の現況を確認する資料として重要であること、また、土地宝典の貸出を受

けた個々の利用者にとっては、当該土地宝典の現在の著作権者が誰か容易には分からない状況に置かれていることに加え、利用者の至近にコピー機があるという状況の下では、法務局に注意を喚起されても、私的複製の範囲外となる違法な複製を行う業者も少なくないだろう。また、著作物性の判断は必ずしも容易ではなく、土地宝典のうち、著作権が及ぶ部分かどうかを法務局が個別に判断すべきであるという判示もやや現実味に欠ける印象を受ける。結局、被告が注意義務を免れるために必要な所為としては、判旨前半、すなわち、法務局の側で土地宝典の著作権者から包括的な許諾を受けるとか<sup>37</sup>、土地宝典の貸出を受けた利用者が著作権者から複写について許諾を得るための簡易かつ便宜な方法を法務局が構築する等の行為に限るべきだろう。また、本件事案におけるコピー機は、例えば、コンビニエンスストアに設置された、侵害以外の広範な用途に供されるコピー機と異なり、ほぼ業者による法務局貸出の資料の違法複製にのみ用いられていたという特殊事情の下では、このような高度の注意義務を法務局に課すことも許されるであろう<sup>38</sup>。

### (3) 小括

以上まで検討してきたところによれば、①原審の侵害主体論を中心としたアプローチについても、②控訴審の注意義務違反の検討を中心としたア

---

<sup>37</sup> 本件土地宝典が120冊であるとの原審、控訴審の認定を前提とすれば、法務局が各土地宝典の著作権者から、利用者による著作物の複写につき、包括的許諾を受けることについては不可能ではないように思われる。

<sup>38</sup> 印刷機器のように大半の場合、侵害以外の広範な用途に供される物とは異なり、カラオケ装置は、その設置先がパブ等である場合には、ほぼJASRAC管理の上映、演奏に用いられるという特殊事情があること、無断演奏、上演を働く個別のカラオケ店舗よりもカラオケ装置をリースする業者を捕捉する方が絶対数の点で相対的に容易であること等を理由に、(抽象論ではあるが)カラオケ装置のリース業者に、前掲大阪高判 [魅留来二審] よりも軽度の注意義務を課したと思われる東京高判 11. 11. 29平成11(ネ)2788 [ナイトパブG7 控訴審] に反対するものとして、同事件の評釈である、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」NBL 694号17～18頁(2000年)がある。

ブローチについても、被告(国)の損害賠償責任等を肯定する認定手法については、従来の裁判例の枠を出るものではないものといえる。

なお、①と②の関係については、難しい問題であるが、原審判決が、侵害主体論を中心に検討する一方で、前半で短くではあるが、法務局に違法な複製行為を禁止する措置をとるべき注意義務があったにも拘わらず禁止措置をとらなかった点も、被告の損害賠償責任肯定の一事情としているように、被告(国)を直接の侵害主体と捉えた場合でも、別途違法な複製を抑止すべき注意義務は観念できる。したがって、両者は、相反するものではないのだろう。

#### 4. 38条4項論

本件原審判決では、非営利貸与を定めた38条4項の趣旨が、法務局での本件土地宝典貸出に及ぶかどうか争点の一つとなっている。38条自体、我が国の裁判例も少なく、その点では、本件原審判決は、貴重な一例を追加するものである。

もっとも、原審判決も判示している通り、38条4項は、昭和59年の貸与権創設後も、従前、図書館等で行われてきた無許諾・無償の貸出を是認するための規定であり、貸与権との関係を定めた規定であって<sup>39</sup>、複製権と

<sup>39</sup> 田村・前掲注(4)203頁、加戸・前掲注(6)270頁、作花・前掲注(4)361頁、半田＝紋谷・前掲注(4)251頁参照、金井重彦＝小倉秀夫編著『著作権法コンメンタル(上巻)』(2000年、東京布井出版)458頁[桑野雄一郎執筆部分]参照。

なお、38条4項は昭和59年の著作権法一部改正で追加された規定であるが、38条1項は、旧著作権法30条7号(既に発行した著作物を左の方法に依り複製するは偽作と看做さず)脚本又は楽譜を収益を目的とせず且出演者が報酬を受けざる興行の用に供し又は其の興行を放送すること)を承継したものである。そして、旧著作権法30条7号の立法趣旨については、主として公共主催の祝賀行事(国民的祭典)及び慈善興業が著作権によって妨げられずに滞りなく実施できるように配慮したものであり、公共のためにする著作権制限であると説明されている(小林尋次『現行著作権法の立法理由と解釈－著作権法全文改正の資料として－』(1958年、文部省)218頁)。そして、本文で述べた通り、38条4項は、貸与権創設後も、図書館等の公共施設による図書類の貸出業務を円滑にする趣旨であり、公的サービスを維持

の関係を規定したのではない<sup>40</sup>。

したがって、同項は、土地宝典の貸出を受けた不動産関係業者や金融機関の関係者による、30条1項の私的複製の対象外となるような違法な複写を法務局が予見できる場合にまで貸出者の責任を免責するものではなく、

する趣旨であるから、基本的には38条1項と同様の趣旨と考えられる。

一方、38条1項については、「非営利かつ無料であれば大規模なものが頻繁に行われることは少なく、著作権者に大きな不利益を与えないと推察されるので、著作物の使用の自由を優先した」(田村・前掲注(4)204頁)と説明することもできる(裁判例でも、名古屋地判平成15.2.7平成14(ワ)2148[社交ダンス教室一審]でほぼ同旨が判示されている。ほぼ同旨として、横山久芳「著作権の制限(2)」法学教室342号117頁(2009年)参照)。もっとも、4項については、同項を追加した時点で既に図書館等による貸出サービスは大規模に行われていたから、1項の立法趣旨を上記のような立場に求めた場合、4項については別個の理由を求めなければならないと思われる。しかし、書籍・雑誌の貸与については、附則4条の2により貸与権の規定は当分の間、適用されないものとされ、営利・有償目的の貸本も認められていたところ、大規模なコミック・レンタル店の出現により平成16年の改正により附則4条の2は廃止され、38条4項(非営利・無償)のみが適用されるようになった(作花・前掲注(4)361頁、TMI総合法律事務所『著作権の法律相談[第2版]』(2005年、青林書院)216頁)。すなわち、附則4条の2の廃止には、無許諾・無償による大規模な貸本業を抑止し、著作権者に与える不利益を小さくしようとする趣旨があったといえるから、1項の立法趣旨を上記のような立場に求めた場合であっても、今日では4項の趣旨も、1項と同様の方向から説明することが可能である。なお、公立図書館による人気図書の大量購入に端を発し、無許諾・無償による貸出であっても著作権者に与える不利益は大きいのではないかという点から、無許諾・有償による貸出(いわゆる公貸権)が議論されるに至っている(黒澤節男『Q&Aで学ぶ 図書館の著作権基礎知識[第2版]』(2008年、太田出版)57頁)。公貸権に関する総合的な研究として、公貸権委員会『公貸権制度に関する調査・研究』(2005年、著作権情報センター)が参考になる。

<sup>40</sup> 我が国の著作権法上、権利制限規定では、原則として、当該規定で権利制限の対象とする法定の利用行為(21条以下)の範囲が明確に定められており、あらゆる法定の利用行為を制限するのは、40条1項(公開政治演説)や46条(公開の美術の著作物等の利用)等ごく少数に止まる。権利制限条項とその対象とする法定の利用行為との関係については、島並良「権利制限の立法形式」著作権研究35号106頁(2008年)に掲載されている「現行法における権利制限条項一覧」の表が明快である。

その旨判示する原審判決については、特に異論のないところであろう。

より本質的な論点として、本稿に先行する評釈<sup>41</sup>では、法務局が無料で土地宝典を利用者に貸し出し、利用者が局内にあるコピー機（一枚30円と割高な設定である）で複写することによって、コピー機を管理している民事法務協会に利得が生じているという本件事案の下では、（複写だけではなく）法務局による土地宝典の貸出自体が「営利を目的とせず」という38条4項の要件を充足せず、同項の適用が排除され、そもそも法務局による貸出行為自体が貸与権侵害であるとの見解が示されている。本件事例では、民事法務協会は、複製の対価として実際に金銭を受領しているから、非営利要件ではなくむしろ無償要件（「料金を受けない場合」）を問題にすべきようにも思われるがその点は措くとして、著作物の利用により、著作物の物理的な利用者本人ではなく第三者に利益が生じる場合も、38条4項の適用が排除されるかどうかという論点が、本件における、より本質的な問題であろう。少ないながらも、38条に関する裁判例を概観してみると、東京地判平成15. 1. 28平成13(ワ)21902[ハートフルチャリティーコンサート]<sup>42</sup>や名古屋地判平成15. 2. 7平成14(ワ)2148[社交ダンス教室一審]<sup>43</sup>といった

<sup>41</sup> 本山・前掲注(27)118頁。

<sup>42</sup> 原告JASRACが、原告が管理する音楽著作物について演奏会を主催した被告会社らに無断演奏されたとして、被告会社らに損害賠償等を請求した事案である。38条の非営利・無償要件に関する部分のみを紹介すると、平成11年6月27日までの演奏会については、入場料3500円を徴収していたが、平成11年7月以降は、観客から直接入場料名目の金員を徴収していなかったという事案の下、東京地方裁判所は、平成11年7月以降についても、直接観客から入場料名目の金員を徴収することはなかったものの、寄付金を集めており、これは、著作物提供の対価と認められること、また、被告会社が主催する演奏会は、被告会社の事業として行われていたものと認められることから、被告らの、演奏会の一部について38条1項の適用が認められるとの主張を排斥した。

<sup>43</sup> 原告JASRACが、原告が管理する音楽著作物について、社交ダンス教室を経営する被告会社らに無断演奏されたとして、被告会社らに損害賠償等を請求した事案である。当該裁判例についても、名古屋地裁は、38条の非営利・無償要件に関する部分のみを紹介すると、被告会社らは受講生から入会金や受講料を徴収しているが、これらは教授所を維持するのに最低限必要な経費から割り出されたものではなく、

ものがあるが、いずれも本人に利益が生じた事例であり、第三者に利益が生じた事例ではないから、従前、上記論点を直接扱う我が国の裁判例は乏しく、この意味でも本件原審判決は貴重な一例である。

もっとも、本件事例について、上記評釈のように貸与権との関係についてまでも38条4項の適用まで排除してしまうのは、本件事例をもとにした場合に、同項が不適用となると思われる最も典型的なケース（①第三者たる民事法務協会ではなく法務局自身に利益が生じること、また、②複写行為ではなく、38条で免責の対象とされている著作物の所定の利用行為、すなわち、38条4項であれば貸出行為自体から利益<sup>44</sup>が生じていること）から二重の意味で外れており、典型例からの逸脱が著しい<sup>45</sup>。また、論者は、

---

受講生が増加すれば増加するほどその経営者の取得する所得も増加すること（非営利性の要件を否定）、また、社交ダンスの教授に際して音楽著作物を演奏することは必要不可欠であるから、受講料が音楽著作物演奏の対価としての料金に当たらないと見ることはできない（無償性の要件を否定）旨を述べ、被告らの38条1項の抗弁を排斥した。

<sup>44</sup> なお、一般論として付言すると、本件事例は、複写代という形で明確に金銭的利益が生じている事案であるが、38条4項にいう（非）営利要件は、貸与から生じる金銭的利益のみならず、宣伝効果、販促効果増進といった効果でも良いと考えられている（金井＝小倉編著・前掲注(39)459頁[桑野雄一郎執筆部分]）。38条1項にも共通の議論である。前述のように、旧法では、旧著作権法30条7号「収益を目的とせず」と規定されたのを、現行著作権法で、「営利を目的とせず」という文言に改めたのは、「宣伝を目的とする上演、演奏等は適法としない旨を明らかにすることが適当である。」という著作権制度審議会の答申を反映したものであるからである（『著作権制度審議会答申説明書』（1966年、文部省）51頁、『著作権法改正の諸問題：著作権法案を中心として』（1970年、国立国会図書館調査及び立法考査局）115頁参照）。

<sup>45</sup> なお、本稿も、第三者利得の事案であっても、本人たる法務局が第三者たる民事法務協会をあたかもダミーのようにして民事法務協会を通して、法務局が土地宝典貸与による利益を受けたという事例であれば、38条の適用は排除され则认为。もっとも、そのように考えたとしても、本件控訴審判決では、法務局が民事法務協会から受領しているコインコピー機の設置使用料は、国有財産（建物の一部）を占有させたことによる対価であると認定されており、土地宝典貸与の対価であると認定されていないから、上記のように考えた場合でも本件事例では38条4項の適用

前掲大阪高判「デサフィナード」<sup>46</sup>についても、38条について同様の解釈方法を提唱している<sup>47</sup>。すなわち、飲食店が顧客に対して会場を貸切で提供し、会場の貸出料及び飲食物の提供代を利益として取得している場合、こうした第三者の利益の取得により、顧客による演奏自体が38条1項の適用の対象外となり、違法な演奏となるから、飲食店に共同不法行為責任が成立する可能性を示唆している。

しかし、同じく（著作物の物理的な利用主体から見て）第三者が利得する場合に、当該第三者に責任を負わせる論理として、前述カラオケ法理がある。そして、適法行為を違法行為に転換するという点で危惧の多いカラオケ法理の場合でさえ<sup>48</sup>、上記第三者の責任を肯定するには、一般的には利益性に加えて、管理性の要件をも要求していたはずである。しかも管理性の判断は前述のように慎重である。しかるところ、上記解釈によれば、第三者による利益の取得という、一要件の充足のみで顧客の演奏が適法行

は排除されないと見るべきだろう。

<sup>46</sup> 一審原告は、JASRACである。当該事案は、一審被告が、その経営する店舗において、歌手、楽器奏者及び客をして、歌唱と楽器演奏により管理著作物を演奏させ、これを来店した不特定多数の客に聴かせて、一審原告の管理著作物の演奏権を侵害したことを理由に、JASRACが一審被告に対して損害賠償請求等を請求した事案である。当該事案についても、38条の非営利・無償要件に関する部分のみを紹介すると、大阪高裁は、被告店舗が演奏の主体と認められるピアノ演奏（通常のレストラン営業の傍らで行われていたもの）については一審被告がピアノ演奏を利用して店舗の雰囲気作りを行い、それによって醸成された雰囲気を好む客の来集をはかっているものと評価できるから、営利の目的を有しないとできないとして38条の適用を排斥して、被告に演奏権侵害を認めた。その一方、一審被告が演奏主体となってJASRACの管理著作物を使用しているとは認められないような被告店舗内におけるライブ、貸切営業については、（38条は演奏主体であって初めて適用されることを前提としてそもそも被告に演奏権の侵害が無い以上）38条の適用の有無は検討するまでもないとした。

<sup>47</sup> 本山雅弘「飲食店舗における楽曲演奏の諸態様と著作権侵害の成否」コピーライト49巻578号（2009年）参照。前掲大阪高判「デサフィナード」の評釈である。

<sup>48</sup> 例えば、「現行カラオケ法理の問題点の1つは、個人として行えば適法である行為をサポートしただけで、利用主体が転換され、違法な行為になってしまう点である。」という指摘がある（上野＝小島・前掲注（21）82頁の小倉秀夫氏の発言部分）。

為から違法行為に転換され、カラオケ法理よりもさらに低いハードルで、当該第三者に（幫助者としてではあっても）責任を問う結果になりかねない。著作物の利用を契機として第三者に何らかの利益が生じれば、そもそも著作物の物理的な利用者自身、38条の適用除外となるとする解釈は、ドイツ旧法下の特殊な価値判断によるものであろう<sup>49</sup>。

<sup>49</sup>（著作物の物理的な利用主体以外の）第三者に利益が生じる場合は、そもそも著作物の物理的な利用主体についても非営利要件を充たさないこととなり、したがって、権利制限規定の適用を受けないとする論者の解釈は、その旨の1950年代のドイツ最高裁判所の判例が日本の著作権法の解釈にも妥当とする論旨によるものである（本山・前掲注（27）118頁、本山雅弘「著作権法38条1項の解釈と第三者の営利」『斉藤博先生御退職記念 現代社会と著作権法』（2008年、弘文堂）91頁以下）。

しかし、ドイツ自身も、上記のような、無許諾・無償の権利制限規定についての非常に厳格な解釈態度を是正し、1965年の現行著作権法52条1項では、第三者が利得する場合の非営利上演については、著作権者に報酬請求権を認めることに止め、違法行為とはしない方向で是正したにも拘わらず、なぜ今、日本の裁判所限りでドイツ旧法下のような解釈に戻らなければならないのかという点も疑問が残る。

また、今日では、著作権法は著作者の権利保護を最大の目的としているから30条以下の権利制限規定は権利保護の例外であって制限的に解釈しなければならないという考え方に疑問が呈されている。例えば、上野達弘准教授は、著作権法の目的として、著作の保護と利用とを調整することを目的の一つであるとする。そして、限定列挙された権利制限規定に形式的に該当しないと権利侵害を肯定することが結論としてどうしても不都合な場合は、権利制限規定を拡張解釈したり、ベルヌ条約等の国際条約におけるスリー・ステップ・テストを国内法の解釈において考慮して権利制限規定を類推適用したり、権利制限規定の厳格解釈を放棄したりする方策等を提案されている（上野達弘「著作権法における権利制限規定の再検討ー日本版フェア・ユースの可能性ー」コピーライト47巻560号19頁（2007年））。こうした考え方の趣旨を汲めば、「営利を目的とせず」という38条1～4項の文言を、著作物の物理的な利用者に利益を生じないことに加え、第三者にも利益が生じないことであると解釈し、同条の適用除外を拡大する解釈自体、疑問であるということになるだろう。もっとも、スリー・ステップ・テストについては、我が国の著作権法の権利制限規定の解釈に際して、権利制限を狭める方向に用いる見解、権利制限を広げる方向に用いる見解の双方があることについては、小嶋崇弘「著作権法における権利制限規定の解釈と3 step test (1)ー厳格解釈から柔軟な解釈へー」知的財産法政策学研究26号225頁（2010年）を参照。

実質的に見ても、上記のような解釈は、あまりにも射程の大きい議論である。図書館は一般に広く開放されており、その利用者は様々であって、たとえ違法複製をしなくても、貸出を受けた書籍の情報を利用して企業活動を行うなど、営利目的で貸出を受ける利用者は少なくないだろう。上記のような立場は、このような図書館の貸出を、ことごとく違法とする趣旨なのであろうか。

あるいは、上記のような解釈について多少要件で絞りを掛けて、たとえ貸出を受ける利用者に営利目的があっても、図書館がその営利目的を認識した場合に限り38条4項が不適用になるとの解釈をとった場合であっても、以下のような問題があるだろう。すなわち、著作物を営利目的で閲覧しようとする者は、市販されている書籍であれば市場から購入すれば足りるが、絶版となっている書籍については、図書館を利用せざるを得ない。また、このような絶版になった書籍を保管し、国民に貸し出すことに図書館の最大の公的機能がある。そうであるところ、上記の解釈では、図書館が利用者に営利目的があると認識した場合、当該利用者の借出に際しては、当該書籍の著作権者から貸出の許諾を得る必要が生じるが、図書館で保存されている膨大な資料、特に絶版になっているような古い書籍については、権利者不明の著作物（いわゆるオーファンワークス）になっている場合も希ではない。また、書籍は、単に複数の執筆者が存在する場合のみならず、挿絵やカバーのデザインを行った者も含めて、複数の著作権者が存在する場合も希ではなく、貸出に際しては、著作権者全員の所在を確認して承諾を得ることは容易ではないだろう。上記解釈によると、こうした状況の下では、著作物を営利目的で閲覧しようとする者が図書館から当該書籍を借り受けることは、相当に困難になると言わざるを得ない<sup>50</sup>。こうした問題

<sup>50</sup> 著作権者不明等の場合、文化庁長官による裁定による著作物の利用（67条）を活用する方が考えられる。そして、著作物の利用を契機として第三者に何らかの利益が生じる場合であって、図書館がその営利目的を認識した場合、38条4項の適用が排除され、貸出行為自体が違法になるとする解釈を採用すると、裁定制度利用者が飛躍的に増加することが考えられるところである。しかし、現状、年間数件しか利用のないこの制度について、そのような事態に対処できるのか（[http://www.bunka.go.jp/1tyosaku/c-l/results\\_past.html](http://www.bunka.go.jp/1tyosaku/c-l/results_past.html)）、また、裁定の申請から裁定を受けるまでの現

を考えると、やはり、著作物の利用を契機として第三者に何らかの利益が生じれば、38条4項の適用が排除され、貸出行為自体が違法になるとする解釈を採用することは、実質的に見ても難しいように思われる。

本件原審判決は、複製権侵害は認定するものの、法務局の貸与権侵害については認定していないから、民事法務協会に利得が生じる場合であっても38条4項は適用され、法務局による貸出は適法であることを前提としていると思われる。結局、このような本件原審判決の結論を是とすべきであろう。

## 5. 損害額の認定について

### (1) 原審及び控訴審の法律構成

本件原審判決では、原告に対する本件土地宝典の最終の著作権譲渡が行われた平成13年10月31日の時点では既に、原告らは、法務局による本件土地宝典の貸出及び利用者による無断複写が行われた事実及び損害の発生を知っており、したがって、原告らが本件土地宝典の著作権の譲渡を受けて以降、原審原告の訴訟提起時の3年前（民法724条）である平成14年8月7日までの間の違法複製に係る損害賠償請求権については、被告の消滅時効の抗弁を認めた。したがって、本件原審判決では、原告らの損害賠償請求は、翌平成14年8月8日から侵害行為が終了した平成17年2月8日までの2年半の範囲で認容されている。この点は、本件控訴審判決も同様である。

一方、本件原審判決は、損害賠償請求権が消滅時効に掛かっている平成14年8月7日以前の部分についても、土地宝典の無断複写につき、不当利得返還請求という構成で原告の請求を認容している。期間は、原告らが本件各土地宝典の著作権を譲り受けた平均的な時期（平成13年2月頃と思われる）から平成14年8月7日までの1年半である。これに対して、本件控

行の時間、費用を考えると、現行制度による対処は難しいように思われる（[http://www.gyo-chizai.com/section2\\_5.html](http://www.gyo-chizai.com/section2_5.html)によると、裁定を受けるまでの標準処理期間は3ヶ月、手数料で13000円となっている）。

訴審判決は、当該部分については不当利得の存在を明確に否定した<sup>51 52</sup>。

<sup>51</sup> 不法行為の損害賠償請求権と不当利得返還請求権とは、制度趣旨を異にする別個の制度であり、不法行為の損害賠償請求権が時効により消滅しても不当利得返還請求権は影響を受けないと考えられる(田村・前掲注(4)357頁、我妻榮=有泉亨=清水誠=田山輝明『我妻・有泉コンメンタール民法—総則・物権・債権—[補訂版]』(2006年、日本評論社)1231頁、島並良=上野達弘=横山久芳『著作権法入門』(2009年、有斐閣)278頁、三山・前掲注(4)370頁、斉藤・前掲注(4)376頁、半田正夫『著作権法概説[第14版]』(2009年、法学書院)303頁、半田=紋谷・前掲注(4)316頁、三山峻司=松村信夫『実務解説 知的財産法[第2版]』(2005年、法律文化社)524頁、馬瀬文夫「特許の無断実用化と不当利得」『谷口知平教授還暦記念 不当利得・事務管理の研究(1)』(1970年、有斐閣)259頁について、いずれも結論同旨)。裁判例でも、前掲名古屋地判[社交ダンス教室一審]の控訴審判決である名古屋高判平成16.3.4平成15(ネ)233[社交ダンス教室二審]、前掲大阪高判[デサフィナード]、大阪地判平成14.9.5平成13(ワ)2578[カラオケ歌唱室]等において、不法行為に基づく損害賠償請求権が時効消滅した期間につき、不当利得返還請求権が認容されている。本件控訴審判決も、理論上は利用者による複製行為が不法行為であり、同時にその行為により利得が生じている場合、不当利得になりうることを認めている。

<sup>52</sup> 原審、控訴審の認定

	平成13年2月～ 平成14年8月7日	平成14年8月8日～ 平成17年2月8日
原 審	○ 不当利得返還請求として 請求認容	○ 損害賠償請求を認容
控訴審	× 不当利得の存在を否定	○ 損害賠償請求を認容。 但し大幅減額※

※両判決共に、「相当な損害額」の認定にあたりほぼ同じ考慮要素を掲げる(損害額の認定につき、本件控訴審判決において本件原審判決の判旨に明確に追加された考慮事情は、「そもそも不特定多数の者による本件土地宝典の違法複製行為が各法務局においてどの程度の頻度でどの程度なされたかが不明であって、本件土地宝典において情報の取捨選択や表現上の工夫がされた部分がどの程度複製されたかも不明であること」という部分であるが、これも前半部分は、違法複製された回数の特定は極めて困難という本件原審判決と同様である)。

しかし、認定した損害額については、両判決で大きく異なる。原審は、無断複製された土地宝典1冊につき1年で1万円の損害を認定する一方、控訴審は、土地宝

不当利得の成否に関する両判決の結論の差は、どのような点にあるのだろうか。不当利得の成立を否定した控訴審は、法務局が民事法務協会から受領しているコインコピー機の設置使用料については、国有財産の一部を民事法務協会に占有させたことの対価であって、土地宝典複製の対価ではないと判示する。またそもそも、民事法務協会が、利用者から一枚30円というやや割高な複製代を徴収していても、著作物の種類に拘わらず複製代は定額であるから、当該複製代は元々、本件土地宝典についての複製の対価と見ることはできないとして、法務局の「利得」の存在を否定する。

しかし、こうした判示は、複製代・設置使用料の性質をどう見るかという、微妙な事実認定の問題である。両者で不当利得の成否を分けたより本質的な理由は、間接侵害論における両判決の法的構成によるものであろう。前述のように、法務局を複製権の侵害主体であると構成すれば(原審)、法務局が土地宝典を複製するに際して著作権者に本来、支払うべき著作権使用料相当額の支払を免れた点を捉えて「利得」と構成する、あるいは、複製行為自体を「利得」と構成することが可能になるからである。

## (2) 114条の5をめぐる問題について

ここで、本件原審判決、控訴審判決が114条の5(相当な損害額の認定)を適用したことについて、関連裁判例からその位置付けを見てみよう。

114条の5は、損害の発生は確実であるが損害額の認定が極めて困難な場合に裁判所の判断により相当な損害を認定できるとするものであり、損害額の立証の困難性を軽減する点において、基本的に、民事訴訟法248条と同趣旨の規定である。もっとも、著作権侵害事件は、慰謝料や幼児の逸

典1冊につき2年半(両判決共に不法行為に基づく損害賠償請求の成立を認める平成14年8月8日から平成17年2月8日までの間)を通して1万円の損害を認定する。比較を容易にするために、両者で共通する上記2年半に限って無断複製された全土地宝典の損害額を計算すると、原審の算定基準では本件土地宝典120冊で300万円の損害額と計算されるのに対し、控訴審の算定基準では、同じく本件土地宝典120冊で120万円の損害額となり(両者で2.5倍の開きがある)、その結果、両判決で認定された損害額に、大きな差が生じる結果となっている。

失利益のように本質的に損害額の立証が難しいというよりは、カラオケの過去の演奏回数、違法ネット配信された著作物等のダウンロード回数など<sup>53</sup>、侵害者も通常は、侵害行為に関する資料を保管していないために損害額の立証が難しいという場合が多く、このような場合は、民事訴訟法248条では対処できない<sup>54</sup>。そこで、114条の5では、「損害額を立証するために必要な事実を立証することが当該事実の性質上極めて困難であるとき」と規定することにより、損害額の立証の点において、権利者の保護が進められている。

そして、114条の5に関する従来の裁判例を概観してみると、同条を利用した損害額の認定方法は多様である。すなわち、①一定期間の侵害数をもとに期間全体の侵害数を推測する(サンプル調査型)<sup>55</sup>、②侵害数自体の立証は困難でも侵害数を強く推認させる有力な資料がある場合にこれを侵害数として利用する<sup>56</sup>、あるいは、③そこまで有力な証拠がない場合で

<sup>53</sup> 半田正夫=松田政行『著作権法コンメンタール3』(2009年、勁草書房)490頁以下。田村・前掲注(4)356頁、知的所有権問題研究会編『最新 著作権関係判例と実務』(2007年、民事法研究会)210頁も同旨と思われる。

<sup>54</sup> ほぼ同旨として、靱井圭子「著作権法及び万国著作権条約の実施に伴う著作権法の特例に関する法律の一部改正について」コピライト40巻471号(2000年)がある。

<sup>55</sup> 114条の5に関する立法者の想定する適用例とほぼ同じ類型である。加戸・前掲注(6)673頁では、インターネット上の侵害行為があった場合において、本条の適用により、侵害発覚後の一定期間の侵害の規模をもとに過去の侵害についての相当な損害額を認定する例が挙げられている。そのような類型として、前掲名古屋地判[社交ダンス教室一審]がある。社交ダンス教授所におけるJASRAC管理曲の使用回数が特定不可能であった事案で、平成13年9月から平成14年2月にかけて行われたJASRAC管理曲無断使用回数に関する1日限りの調査結果をもって、調査前後1、2年を超える期間におけるJASRAC管理曲無断総使用回数の基礎たる数値として採用した事例である。もっとも、著作物につき、一定期間における平均的な利用回数に基づいて全侵害期間の利用回数を算定する手法は、114条の5制定前から用いられていた。田村善之「著作権侵害に対する損害賠償額の算定」コピライト40巻469号14頁(2000年)参照。

<sup>56</sup> 特定の曲の被告による無断演奏回数が問題になった事案で、平成8年12月期から平成14年12月期までの分配期に対応する期間の同曲の演奏回数を立証することが極めて困難であるとされ、カラオケ演奏に付随する通信カラオケ送信回数(31万

も数々の周辺事情を組み合わせることで侵害数を推定する<sup>57</sup>、④損害額の認定を困難にしたことにつき帰責性ある当事者にとって不利な基準を採用する<sup>58</sup>、

6810回)をもとに、同分配期における上記曲の演奏回数を30万回であると認定した事例がある(東京地判平成15.12.19平成13(ワ)3851[記念樹1])。ほぼ同じ手法を採用して無断演奏回数を認定した事案として、東京地判平成15.12.26平成15(ワ)8356[記念樹2]がある。

<sup>57</sup> 著作物たる雑誌記事が社会保険庁等のLANシステム内の新聞報道等掲示板にそのまま掲載され、国による複製権及び公衆送信権侵害が問題となった事案で、7000回という上記著作物掲載期間中の総アクセス人数から実際のアクセス人数を算定するにあたり、一回のみアクセスする人もいれば四回続けてアクセスする人もいることを理由に一人当たり平均二回アクセスしたものととして、合計3500人がアクセスしたと認定した事案を③の類型として挙げることができる(東京地判平成20.2.26平成19(ワ)15231[社会保険庁LANシステム])。また、被告が原告の許諾数を超えて原告フォントプログラムを海賊版として自社が販売していたパソコンにインストールして販売した事案で、損害額を算定するにあたり、海賊版をインストールしたハードディスクの数及び書体数が問題になった事案も③の類型である(大阪地判平成16.5.13平成15(ワ)2552[OCFフォントプログラム])。大阪地裁は、原告から被告に対するフォントプログラムの販売数や被告のパソコン販売台数を根拠にして少なくとも4分の1のハードディスクに当該フォントプログラムの海賊版がインストールされていたとした。なお、書体数の認定については、①のサンプル調査型を利用し、被告会社が販売したパソコンの一部にインストールされていた書体数が23書体であったこと等から、海賊版がインストールされた全てのパソコンに23書体インストールされていたと認定して損害額を算出した。その他、東京地判平成19.9.13平成19(ワ)6415[漫画配信]も③の類型であると思われる。

<sup>58</sup> 例えば、被告らが違法複製したプログラムのうちバージョンが不明なものがあり、バージョンごとに標準小売価格が違うため、損害額算定の基礎となるプログラムの価格をどう定めるかが問題となった事案がある(大阪地判平成15.10.23平成14(ワ)8848[Adobe Illustrator等])。大阪地裁は、本件では、被告が証拠保全手続きの検証を妨害したため、上記のような事態が生じたものとして、最低額の標準小売価格ではなく、原告ら主張の標準小売価格の最高額を基礎とすべきとした。侵害数ではなく、侵害一回当たりの損害額(一プログラム当たりの価格)につき114条の5が利用された事案であると思われる。

その他、④に分類できる裁判例として、東京地判平成15.12.17平成14(ワ)4237[音楽ファイル]がある(利用者が自己のパソコンの共有フォルダ内にMP3化した音楽著作物を蔵置し、電子ファイル交換システムのサーバーに接続する行為について、

といった手法が採用されているようである。もっとも、⑤損害額認定の数的根拠を示すというよりは、著作物の特徴や著作権侵害の態様を列挙するに止めて損害額を判示する裁判例も一部に存在する<sup>59</sup> 60。

なお、①～④の各類型では、(i)侵害一回当たりの損害額に(ii)侵害回数を乗じて計算される損害額の算定にあたり、(ii)侵害回数の認定に114条の5を適用する裁判例が多い<sup>61</sup>。その一方、大阪地判平成15.10.23平成

---

電子ファイル運営会社が原告JASRAC管理の著作物の侵害主体(自動公衆送信権、送信可能化権侵害)であったとした中間判決を前提として、原告の差止請求を一定程度認容すると共に、実行通信速度等からすればJASRAC所定のダウンロード数を前提に損害額を計算することはあまりにも過大であり、114条の5を用いて損害額を判示した事例である。判旨は、被告の事情によりダウンロード数が不明である場合、その一つ手前である送信可能化数によること、そして、送信可能化数は、著作物単位ではなく、ファイル単位で計算することを判示するものと思われる(「送信可能化数を基礎にした算定方法に係る規定(1(3)[2])を参考にするのは、ダウンロード数を把握していなかった被告エム・エム・オー側の事情によること」という判旨は必ずしも明確ではないが、以上のような趣旨であると思われる)。当然ながら、同一著作物をMP3にして送信可能化した場合、著作物単位なら一つであるが、ファイル単位であれば複製して送信可能化した数になり、後者の基準を採用することは侵害者側に不利になる)。

<sup>59</sup> 例えば、被控訴人が著作権者に無断で商品写真を自社HPに掲載した事案で、被控訴人が写真を無断掲載したとはいっても、当該写真が格別優れた写真ではなかったこと、被控訴人自身でもそのような写真を撮影することは可能であったこと、当該写真の掲載でどの程度逸失利益が生じたかも不明であること等を挙げて、被控訴人による8ヶ月間の当該写真掲載による逸失利益を1万円とした知財高判平成18.3.29平成17(ネ)10094[ラフィーネ]がある。もっとも、東京地判平成17.3.15平成15(ワ)3184[スペシャルDVD]は、プロモーション映像を著作権者に無断で放映、上映したものの、放送ないし上映回数が不明であったという事例で、理由をほとんど示すことなく、著作権者の損害額を30万円と認定している。なお、東京地判平成20.5.28平成19(ワ)17279[ロクラク2]も⑤の類型であると思われる。

<sup>60</sup> なお、民事訴訟法248条の方の「相当な損害額」の認定についての指摘ではあるが、評価の方法は合理的であることを要し、裁判官が損害の評価について裁量の範囲を逸脱していないかは法律問題として上告審の審査の対象となると指摘するものとして、春日偉知郎『「相当な損害額」の認定』ジュリスト1098号76頁(1996年)がある。

<sup>61</sup> 前掲東京地判[記念樹1]、前掲東京地判[記念樹2]、前掲東京地判[音楽ファイ

14(ワ)8848 [Adobe Illustrator等]<sup>62</sup>のように、(i)侵害一回当たりの損害額の認定につき、114条の5を活用する裁判例もあることは注目に値する。また、114条の5と基本的に同趣旨の規定である民事訴訟法248条について、従来の判例が承認していた経験則、その適用としての統計資料の活用と控え目の原則のうち、控え目の原則を外して、その限度で(損害額について)概括的判断を認めたものであるとの評価があるが<sup>63</sup>、④のような裁判例は、概括的判断からさらに進んで、権利者寄りに損害額を認定する点で、本条の運用の実態を知る上で特徴的な存在である。

以上の関連裁判例をもとに、原審、控訴審判決を見ると、両判決共に、本件土地宝典の違法複製がなされた回数を特定することは極めて困難であることを理由に114条の5を適用した上で、損害額の認定については、詳細な理由を挙げる。すなわち、両判決共に、本件土地宝典の売価が三万円であること、土地宝典に対する複製の需要が相当程度存在したこと、本件土地宝典は著作権侵害期間の相当前に発行されたものが多いこと、原告らは本件土地宝典の著作権を過去の損害賠償請求権も含め合計730万円で譲り受けていること等といった、共通の考慮要素を挙げる。

たしかに、以上の考慮要素から数式的に損害額が導かれるものではない点で、両判決は、⑤の裁判例に近い損害額の認定手法であり、「相当な損

---

ル]、前掲大阪地判[OCFフォントプログラム]、前掲東京地判[漫画配信]、前掲東京地判[社会保険庁LANシステム]など。

<sup>62</sup> 前掲注(58)参照。

<sup>63</sup> 畑郁夫「新民事訴訟法二四八条について—知的財産事件に適用される場合を念頭において—」『原井龍一郎先生古稀祝賀 改革期の民事手続法』(2000年、法律文化社)506頁以下。

また、民事訴訟法248条については、同条の要件をみたく場合に相当な損害額を認定することは、単に裁判所の権限であるのみならず、義務であると捉える裁判例として、最判平成20.6.10平成18(受)265がある(川嶋隆憲「採石権侵害の不法行為を理由とする損害賠償請求事件において、損害の発生を前提としながら、民訴法248条の適用について考慮することなく、損害の額を算定することができないとして請求を棄却した原審の判断に違法があるとされた事例」法学研究82巻5号171頁(2009年)、苗村博子「企業の損害と民訴法248条の活用」判タ1299号45頁(2009年))が、同条と基本的性格を同じくする114条の5についても同様に考えるべきであろう。

害額」を認定できるとはいつても、前述のように、(i)侵害一回当たりの損害額に(ii)侵害回数に乗じることで比較的明確に算定根拠を示すことの多い①～④の裁判例とは趣を異にする。もっとも、貸し出された本件土地宝典のうちどの程度の割合で複写されたのか、また、複写された部分がそもそも著作物性を有する部分であったかどうか不明であったという事情の下では、その点はやむを得ないように思われる<sup>64</sup>。

<sup>64</sup> なお、本件原審判決は、不法行為に基づく損害賠償請求の成立を認める平成14年8月8日から平成17年2月8日までの間について114条の5を適用するのみならず、それ以前の時期、すなわち、原告らが本件各土地宝典の著作権を譲り受けた平均的な時期(平成13年2月頃と思われる)から平成14年8月7日までの1年半についても、原告らの不当利得返還請求権につき114条の5類推という形で同じく、土地宝典1冊につき1年で1万円の損失を認定している。このように、本来、不法行為に基づく損害賠償請求権に適用される114条の5につき、不当利得返還請求権に類推する手法については、本山・前掲注(27)119頁では、異論が提起されている。

既に述べたように、基本的に同趣旨の規定である民事訴訟法248条の趣旨を参考にすると、114条の5は、損害額の認定につき、控え目の原則を外して、概括的判断を認めた規定であると考えられる。すなわち、本条は、例えば侵害回数が20回か80回かはっきりしない場合に、控え目の原則に基づいた場合の20回ではなく、平均値である50回の認定を可能にする点で、本来、同条は権利者にも侵害者にもニュートラルな規定であったと考えられる。しかし、114条の5についての実際の運用では、損害額の認定を困難にしたことにつき帰責性ある当事者にとって不利な基準を採用するという、本文中④の類型を筆頭に、やや権利者寄りに運用されている傾向があり、そうすると、侵害者の故意・過失といった帰責性が本来的に考慮されていない不当利得にまで一般的に同条を類推することは適切ではないだろう。本件事例において、権利者にも侵害者にも中立的な損害額が幾らか、その具体額の判断は難しいが、前掲注(52)に示すように、本件原審判決は、無断複製による土地宝典1冊分の損害額につき、控訴審の2.5倍に及ぶ額を認定している。こうしたやや権利者寄りとの印象も受けるような損害の認定額を、114条の5類推という形でそのまま、侵害者の故意・過失を考慮しないはずの不当利得における損失額とした点は、やや疑問があるように思われる。

なお、過失がないときまで114条1項(現2項)を類推適用すると、同項が目的とする侵害抑止のインセンティブの機能が減殺されるとして、同項の不当利得返還請求権への類推適用を否定するものとして、田村・前掲注(4)358頁がある。

## 6. 結びに代えて

すでに述べたように、本件判決は、法務局から土地宝典の貸出を受け、法務局内の複写機で無断複製を行った利用者の行為につき、国に損害賠償責任等を認めた事案であり、差止請求はそもそも定立されていない。もっとも、仮に、訴訟提起時に、未だ法務局による土地宝典の貸出がなされているがために差止請求まで付加されていたとしても、土地宝典の貸出を受けた者の大多数が不動産取引業者や金融機関関係者であって私的複製外の違法な複製が多数なされているとの事実関係の下では、①原審の侵害主体論を中心としたアプローチを用いて、法務局による土地宝典の貸出を全面的に差し止めてもほとんど支障のない事案であったといえる。

問題になりうるのは、図書等の貸出を行う施設が、本件事案と一般市民図書館の中間的な施設である場合、すなわち、利用者の5割は適法な私的複製を行うために貸出を受け、残りの5割が業務上の利用目的で私的複製の対象外となる違法な複製を行うために貸出を受ける業者であるような施設である場合である。このような施設は、官公庁により認可を受けた社団法人の図書館を中心に我が国でもいくつか存在するものと思われる。このような事案において、①原審の侵害主体論を中心としたアプローチにより管理性、利益性の二要件が肯定されるとして、差止請求を認めると、適法な私的複製を行うために貸出を受ける一般利用者に多大な支障が生じる結果になる。こうした事案では、②控訴審の注意義務違反の検討を中心としたアプローチを用いて、違法複製がなされないよう、施設側がなす注意義務を果たしていれば施設側は免責され、そうでなくても上記5割の違法複製の範囲内で損害賠償責任を負うという方策が一般利用者による図書等利用の便宜という点からは、好ましいように思われる。

いずれにしても、本件事案は、上記の通り、貸出を受けた土地宝典利用者のほとんどが違法複製を行っていたという特殊な事案である。本件判決により、他の図書等貸出施設一般にまで、図書等の貸出につき萎縮効果が波及しないことを期待したい。

[付記]

本稿は、平成22年3月6日に札幌で開催された、北海道大学大学院法学研究科知的財産法研究会における報告原稿を加筆修正したものである。同研究科の田村善之教授には、本稿の執筆から脱稿まで、終始、暖かいご指導を賜った。また、同研究科グローバルCOE研究員の高橋直子氏には校正等を通じて本稿の完成につきご助力を得た。同研究会のメンバー、特に、同研究科の安藤和宏特任教授の貴重なご示唆と共に、記して感謝申し上げます。