HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「侵害する運命」 : 著作権侵害におけるAuthorisation法理の忘れられた子供
Author(s)	Lim, Yee Fen; 渡部, 俊英//訳
Citation	知的財産法政策学研究, 39, 57-87
Issue Date	2012-09
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/51538
Type	departmental bulletin paper
File Information	IPLPJ39_003.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

「侵害する運命」：著作権侵害における Authorisation法理の忘れられた子供

Yee Fen LIM
渡部　俊英（訳）

著作権侵害におけるauthorisationの法理については、連邦裁判所における*Roadshow Films Pty Ltd v iiNet Limited (No.3)*[1]（*Roadshow*事件）の判決に関して再び熱い議論が戦わされた。本論文はauthorisation概念をめぐる立法や判例法を詳解し、司法や論者が忘れているのではないかと思われるひとつのカテゴリーがあるため多くの混同は不要であることを証明したい。このカテゴリー、すなわち「必然的な侵害」の事例が、オーストラリアにおける最近の判決の多くを解読するための鍵となる。本論文では、この概念が実際には極めて明快で分かりやすいものであるにもかかわらず、そのシンプルさに対する評価を欠くことによって裁判所や論者が混乱に至っていることを論ずる。

序

著作権法においてauthorisationという概念は責任を考える追加的要素として重要な役割を果たしている。この概念は、侵害に寄与しながら他方で責任を逃れようとする者を捕捉することによって、著作権法の領域を拡張している。今日のオーストラリア著作権法制は1968年著作権法によるものである。同法はテクノロジーの進展に対応するため部分的に何度も改正が行われてきた。1968年法は現在、文学、音楽、美術から放送やコンピューティングといったより新しいテクノロジーに関連した領域に至る創作分

[1] *Roadshow Films Pty Ltd v iiNet Ltd (No.3)* [2010] FCA 24.

野における広範な創作的表現を保護している。より具体的には、同法は著作物[2]と第4部に定める「その他の保護対象」としてより一般的に言及されるものを保護している。著作物とは文学、演劇、美術、音楽の作品を意味し[3]、その他の保護対象には録音、映画、放送、発行された版を含む[4]。

著作権法は創作者に対しその創作物の利用に関する排他的権利を与えている。付与される権利は、保護される著作物のカテゴリーにより少しずつ異なっている。同法31条は著作物に対する一般的な権利を定める。そこには、著作物を有形的に複製する権利、公表する権利、公衆に伝達する権利、翻案する権利が含まれている。第4部に定めるその他の保護対象にも同様の権利が与えられ、映画・録音・放送の複製、映画・録音の放送・放送の再放送に対する権利を含む[5]。

1968年著作権法13条(2)に定める権利は、すべてのカテゴリーの著作権者に共通するものである。その内容は、著作物およびその他の保護対象の著作権に含まれるすべての行為を行うことに対する許諾を与える権利である。36条(1)は13条(2)を補完して次のように定める。

> 「本法の定めに従い、言語、演劇、音楽、または美術の著作物に対する著作権は、著作権者でない者が、著作権者の許諾を得ずに、著作権の及ぶ行為をオーストラリア国内において行った場合または行うことを許諾(authorise)した場合に、侵害されたものとする。」

101条(1)も36条(1)と同様の規定であるが、対象は著作権法第4部に定めるその他の保護対象である。これらの規定の下では、著作物やその他の保護対象の著作権に含まれる行為を権利者の同意なく許諾することは著作権の侵害を構成する。実際、裁判所は著作権侵害の許諾は、実際の侵害行為とは別個独立した不法行為であり、責任の独立した要素であると判示している[6]。

[2] See Copyright Act 1968 Pt III.

[3] Copyright Act 1968 s.10.

[4] Copyright Act 1968 Pt IV.

[5] See ss.86-88 of the Act.

*Falcon v Famous Players Film Co*事件判決[7]は、このauthorisationの規定がもともと目的としていたのは、雇用関係や代理権のある場合にのみ第三者の責任を問いうるとした裁判例の効果を取り除くことであると述べている[8]。同判決は、authorisationの規定は、以前は責任を確定することができなかったケースでも第三者の責任を確定するためのメカニズムを提供するものであると示している[9]。したがって、著作権侵害の文脈における「authorise」の意味が、雇用関係や代理権のような関係における狭義の「付与し、または付与の意思を有して(grant or purport to grant)」いる場合にのみ限られることを意味するわけでは決してなかったことが明らかである[10]。

法文中には「authorisation」の定義は見られず、その意味はこれらの条項について判断した裁判例から探り出すことしかできない。裁判所は一般的に、*Falcon v Famous Players Film Co*[11]事件の控訴審で2人の裁判官が述べた傍論において示された「authorisation」の2つの解釈のいずれかを採用してきた。ひとつはBankers判事によるもので、「authorisation」がもともと持つ辞書的な意味である「認可、承諾、賛同(sanction, approve and countenance)」であり[12]、もうひとつはAtkin判事が述べた、「authorisation」は「付与し、

[6] See for example *WEA International Inc v Hanimex Corp Ltd* (1987) 10 I.P.R. 349; *Australasian Performing Right Assn Ltd v Jain* (1990) 18 I.P.R. 663; *Dyason v Autodesk Inc* (1990) 18 I.P.R. 109.

[7] *Falcon v Famous Players Film Co* [1926] 2 K.B. 474 CA.

[8] *Falcon* [1926] 2 K.B. 474 at 490-491 per Bankes L.J.

[9] *Falcon* [1926] 2 K.B. 474 at 490-491 per Bankes L.J.

[10] 後述の議論を参照。

[11] *Falcon* [1926] 2 K.B. 474.

[12] *Falcon* [1926] 2 K.B. 474 at 491. この解釈は実際には*Monckton v Pathe Freres Pathephone Ltd* [1914] 1 K.B. 395 CAにおけるBuckley判事が最初に支持し、後に*Evans v E Hulton & Co Ltd* [1923-28] Macg. Cop. Cas. 51においてTomlin判事も同意している。「authorise」の射程に関する一般的な議論については、以下を参照。J. Phillips, "Authorising Copyright Infringements" [1980] J.B.L. 109, J.E. Stuckey, "Liability for Authorizing Infringement of Copyright" (Special Issue 1984) UNSW L.J. 77.

または付与の意思を有する」ことを意味するというものである[13]。後者の解釈を採用した裁判例では、「authorise」に対する2通りの解釈が矛盾・対立するものとは考えられておらず、実際、このあとで論ずるように、それぞれの事案に照らして解釈すれば矛盾する点はない。それらの裁判例は前者の解釈を採用した裁判例を承認しないのではなく、それらとは区別をしているのである[14]。「authorise」を「認可、承諾、賛同」の意味で解釈するほうが、広く受け入れられているようである[15]。

University of New South Wales v Moorhouse事件

authoriseの意味についてオーストラリアの嚆矢となった裁判例は*University of New South Wales v Moorhouse*事件判決[16]である。オーストラリア高等裁判所は同判決で「認可、承諾、賛同」という解釈を採用した。この裁判はオーストラリアおよびイギリスにおける多くの裁判例のなかで広く引用されている[17]。以下ではまず同事件の事実を紹介し、そのうえで判決の分析を行うこととする。

[13] *Falcon* [1926] 2 K.B. 474 at 499.

[14] See for example *CBS Inc v Ames Records & Tapes Ltd* [1982] Ch. 91 Ch D; *CBS Songs Ltd v Amstrad Consumer Electronics Plc* (1988) 11 I.P.R. 1 HL.

[15] See *Evans v Hulton* [1923-28] Macg. Cop. Cas. 51; *Falcon* [1926] 2 K.B. 474; *Adelaide Corp v Australasian Performing Right Association Ltd* (1928) 40 C.L.R. 481; *Winstone v Wurlitzer Automatic Phonograph Co of Australia Pty Ltd* [1946] V.L.R. 338; *Australasian Performing Right Association Ltd v Canterbury-Bankstown League Club Ltd* [1964-65] N.S.W.R. 138;5 F.L.R. 415; *University of New South Wales v Moorhouse* (1975) 133 C.L.R. 1; 6 A.L.R. 193; *WEA International v Hanimex* (1987) 10 I.P.R. 349; *A & M Records Inc v Audio Magnetics Incorporated (UK) Ltd* [1979] F.S.R. 1 Ch D; *RCA Corp v John Fairfax & Sons Ltd* (1981) 34 A.L.R. 345; *Standen Engineering Ltd v Spalding & Sons Ltd* [1984] F.S.R. 554 Ch D.

[16] *University of New South Wales v Moorhouse* (1975) 133 C.L.R. 1; 6 A.L.R. 193.

[17] See for example *CBS Inc v Ames* [1982] Ch. 91 Ch D; *CBS Songs v Amstrad* (1988) 11 I.P.R. 1; *WEA International v Hanimex* (1987) 10 I.P.R. 349; *A & M Records v Audio Magnetics* [1979] F.S.R. 1; *Dyason v Autodesk* (1990) 18 I.P.R. 109; *Australasian Performing Right Assn v Jain* (1990) 18 I.P.R. 663.

New South Wales大学は図書館にコピー機を設置し、どの本がどれくらいコピーされるか管理・監督することなく学生に複写機の利用を認めていた。大学で行われた複写のなかには著作権法に抵触するものがあると疑われていた。同大学の卒業生であるBrennanが*The Americans, Baby*という書籍の違法複製を行ったため、訴訟が提起された。この本の著者であるMoorhouseおよびその出版社であるAngus & Robertsonは、大学が著作物の違法複製を行うことをauthoriseしており、これは1968年著作権法36条(1)に違反するものであると主張した。

原審[18]において、Hutley判事は単独で、Brennanによる具体的な著作権侵害が大学によりauthoriseされたものであることの立証はなされていないと判断した。しかし彼は、現実的には、複製が常にフェア・ディーリングに該当するものであると推定することはできないのであるから、大学は著作権侵害をauthoriseしたのだという見解を示した[19]。Hutly判事はその理由づけにおいて、図書館の利用ガイド、コピー機に付された注意書き、コピー機の利用に対する監督の欠如、という3つの要素を強調した。侵害のauthorisationが成立しうるとされる前に、これらのいずれかの要素と実際の著作権侵害の因果関係が立証されなければならない[20]。事実に関していえば、Brennanが行った複写は利用ガイド、コピー機の注意書き、利用に対する監督欠如のいずれともいかなる関係もないし、それらによって引き起こされたわけでもなかった[21]。Hutley判事のアプローチはGelskiという論者には称賛されたが[22]、控訴審では高裁によって否定されることとなった。

高裁では、担当した3名の裁判官が下級審での認定を覆すことで一致した。本件ではGibbs判事（当時）およびJacobs判事が理由つきの判決を書いており、McTiernan裁判長はJacobs判事の判決と同意見であった。いずれの説示も、大学は侵害コピーを作成することを事実上authoriseしていた

[18] *Moorhouse v University of New South Wales* (1974) 3 A.L.R. 1.

[19] *Moorhouse* (1974) 3 A.L.R. 1 at 17.

[20] *Moorhouse* (1974) 3 A.L.R. 1 at 17.

[21] *Moorhouse* (1974) 3 A.L.R. 1 at 15.

[22] R.A. Gelski, “Authorising Breaches of Copyright” (1976) 4 A. Bus. L.R. 192, 194.

と認定した。

Gibbs判事は「authorise」という語はその辞書的な「許可、承諾、賛同」という意味であること[23]、*Adelaide Corp v Australasian Performing Right Assn Ltd*事件[24]において「authorise」と「permit」が同義語と認定されていると見ることができることを確認した[25]。彼はまた、侵害を防止する権限を有さない限り、著作権侵害をauthoriseしたものとされることはありえないという見解を支持した[26]。これは重要なポイントであって、次節で詳しく検討する。明示的あるいは正式な許諾、認可あるいは承諾を示すような積極的な行為はautorisationを構成する重要な要素ではない。ときに行動しないことや無関心がauthorisationやpermissionを推定することもある。しかしながら、authorisationの責を負う者は少なくとも侵害行為が行われるかもしれないことを知っているか疑う理由を有していなければならない[27]。他人に侵害に用いられる可能性のある手段を供する者は、その利用を合法的な目的に限定するための合理的な措置が講じられていることを示すことができれば、authorisationの推定を覆すことができるだろう[28]。また、こうした措置は合理的に考えて侵害防止のために十分なものでなければならない[29]。

Jacobs判事はまた、「authorise」という語は様々な意味を有することを認めた。彼は「authorisation（権限付与、承認）はauthority（権限）よりも広義である」と述べて、「authorise」は正犯による代理を承認することに限られないことを確認した[30]。侵害をauthoriseしたと推定するための当事者の作為や不作為は、個別の事例ごとに観察されなければならない[31]。Jacobs判事は、本件におけるポイントは、図書館の利用者に対してコピー設備の無制限の利用をしかるべく誘因しているかどうかであると考えた[32]。彼は、誘因に適切な制限が施されていれば、大学は著作権侵害をauthoriseしたものと評価されないだろうと考えていたようである[33]。このアプローチは、侵害を防止するため合理的な積極的行為を要求するGibbs判事よりも被告に対して寛大なものであろう。何が「適切な制限」にあたるのか正確には明らかではないが、大学が実効性を欠くことを知っていた、あるいは知るべき理由があった単なる制限ではおそらく十分とはされなかったであろう[34]。

> 「にもかかわらず、もし誘因の制限が無視されていることを知っており、それでも大学がその状況を続けるのであれば、…。その場合には、大学はその状況が継続すること、その機器が著者の著作権に含まれる行為に利用され続けていること、その結果として著作権が侵害されていることが事実として認定されるであろう。」[35]

本件における事実に関していえば、大学は図書館において書籍を利用可能にしており、また、それらの書籍を複写しうる機器を提供している。そのため、大学は、図書館を利用できる者はそこにある書籍のうち相当のものを複写する可能性があることを知っていたはずである。それゆえ、一見してauthorisationを推定できる。具体的な事実を認定したうえで、大学は2人の裁判官がauthorisationの推定を否定するために要求したいずれの要件も満たさないと判断された。大学は誘因を適切に制限しておらず、研究や私的な学習のために行うフェア・ディーリングにあたる場合にのみ著作物

[23] *Moorhouse v University of New South Wales* (1975) 133 C.L.R. 1 at 12; 6 A.L.R. 193 at 200.

[24] *Adelaide Corp v Australasian Performing Right Assn Ltd* (1928) 40 C.L.R. 481.

[25] *Moorhouse* (1975) 133 C.L.R. 1 at 12; 6 A.L.R. 193 at 200.

[26] *Moorhouse* (1975) 133 C.L.R. 1 at 12; 6 A.L.R. 193 at 200.

[27] *Moorhouse* (1975) 133 C.L.R. 1 at 13; 6 A.L.R. 193 at 201.

[28] *Moorhouse* (1975) 133 C.L.R. 1 at 13; 6 A.L.R. 193 at 201.

[29] *Moorhouse* (1975) 133 C.L.R. 1 at 17; 6 A.L.R. 193 at 205.

[30] *Moorhouse* (1975) 133 C.L.R. 1 at 20; 6 A.L.R. 193 at 207.

[31] *Moorhouse* (1975) 133 C.L.R. 1 at 21; 6 A.L.R. 193 at 208.

[32] *Moorhouse* (1975) 133 C.L.R. 1 at 21; 6 A.L.R. 193 at 208.

[33] *Moorhouse* (1975) 133 C.L.R. 1 at 20-23; 6 A.L.R. 193 at 207-210. 特に、通知やガイドラインが可能ではあるが不十分な制限であると言及されている場合について参照。See also Gelski, "Authorising Breaches of Copyright" (1976) 4 A. Bus. L.R. 192 at 195-196.

[34] *Moorhouse* (1975) 133 C.L.R. 1 at 22; 6 A.L.R. 193 at 209.

[35] *Moorhouse* (1975) 133 C.L.R. 1 at 22; 6 A.L.R. 193 at 209.

の複製を行うようにするための十分あるいは実効的な措置も講じていなかった。大学は複写を制限するためのいくつかの手段は採用していたが、それらは3つの理由から不十分であるとされた。第一に、コイン式の機器のそばに掲示された注意書きは1968年著作権法の無関係な条項を参照していた。第二に、図書館利用ガイド（1年生にのみ配布される）は、関連する条項がそこに設置された機器に適用されると記述していた点で誤解を招くものであり、法が認めている複写の性質について十分な情報を提供していなかった。そして第三に、複写室の職員は機器のメンテナンスしか行っていなかった。大学がauthorisationの推定を否定できないと認定したうえで、高裁は大学が著作権侵害をauthoriseしていたものと判断した。

両裁判官は著作権侵害のauthorisationに対する最初の推定は覆滅可能であると述べたものの、いずれの裁判官もそのための行為、行動について明示的に提示することはなかった。要求される行為がやっかいなものであることが判決において黙示されている。大学は、複写機の個々の利用者が機器を合法目的に利用し、大学図書館が保有する書籍の著作権を侵害しないよう、積極的な行動を行うべきであった。具体的には、大学は監督者を用いて、個々人が何を複写し、利用者はその権利の範囲内で複写していることを確認させるべきであった。これは大学にとって負担であるが、大学が合理的かつ物理的に免責されるための負担であっただろう。また、これは著作権者の懸念を解消し、著作権者と利用者の間のバランスを維持するための解決策でもあろう。

この事件の結果を受けて1968年著作権法が改正され[36]、複写設備を提供する図書館は、利用者に対する著作権法の規定を注意喚起する掲示を機器のそばに掲げている場合には、著作権侵害のauthoriseに関する免責の推定が導入された。オーストラリアにおいて、*Moorhouse*事件判決のauthorisation規定に関する説示は、図書館以外については依然有効である[37]。

[36] 改正法はCopyright Amendment Act 1980 (No.154 of 1980)である。現行法における当該規定は39A条。

[37] この旨を述べるものとして、例えば*WEA International v Hanimex* (1987) 10 I.P.R. 349 at 362におけるGummow判事の意見を参照。

侵害を防止する権限－管理性

いずれの裁判官の説示においても枢要だったのは、著作権侵害のauthoriseに対する責任を肯定されうる前提として、当該主体が侵害を防止する権限を有していなければならないということである[38]。そして、このことから、もし侵害を防止する権限がなければ、その者は著作権侵害のauthoriseに対する責任を問われえないことになる。この命題は、著作権侵害を幇助する者の責任が問われたいくつかの裁判において援用された。これらの裁判において、裁判所は、侵害防止の権限という要件を調整し、侵害者が複製過程を管理していたか否かという要件に修正している[39]。事案のなかには、「authorise」の「付与し、または付与の意思を有する」という意味を採用するものもある[40]。ここで注意しなければならないのは、このルールには例外があって、問題とされる物品またはサービスが「必然的な侵害」を伴うものであれば、防止する権限という要件は不要であるということである。この点については後述する。

[38] これはGibbs判事により明確に述べられている。*Moorhouse* (1975) 133 C.L.R. 1 at 12; 6 A.L.R. 193 at 200. これはJacobs判事の判決でも示唆されている。*Moorhouse* (1975) 133 C.L.R. 1 at 20-23; 6 A.L.R. 193 at 207-210.

[39] See also Cowdroy J. in *Roadshow* [2010] FCA 24 at [418].
「*Moorhouse*事件（上述参照）でGibbs判事が行ったテストにおける『管理』という語と『防止する権限』は当局においては同義のものとして扱われているように思われる。例えば、*Moorhouse*事件12頁においてGibbs判事が記した*Adelaide Corporation*事件における同じ判断を支持する2つの異なる判決（ひとつは『管理』を用い、他方は『防止する権限』を使っている）への言及を参照。また、*Metro*事件67頁、*Kazaa*事件414頁も参照。*Adelaide Corporation*事件497～498・503頁および*Moorhouse*事件12頁によると、管理（したがって防止する権限）はauthorisationの認定に不可欠である。」

[40] 後掲注50～52を参照。

CBS Inc v Ames Records & Tapes Ltd

CBS Inc v Ames Records & Tapes Ltd[41]（*Ames*事件）の被告は公衆にレコードを貸与するレコードレンタル・ライブラリーを運営していた。被告は、借り手が貸し出されたレコードを自宅でブランクテープに録音することがあることを知っていた。同時に、合法的に音楽を聴く目的のためだけに借りる者もいたという証拠もあった。判決では、被告は自宅での録音を可能にし、それを幇助していたが、authoriseはしていないとされた[42]。裁判所は、*Moorhouse*事件における大学は複製されるもの（書籍）だけでなく複製を助長する装置も提供していたという点に基づいて、同事件とは事情が異なるものであると判断した[43]。裁判所はまた、レコードの利用態様は被告の管理の及ばないものであり、被告は複製過程を管理することができなかったと判示した[44]。裁判所によると、被告には借り手がそれぞれの自宅で行った侵害行為を防止する権限はなく、そのため侵害をauthoriseしたとはいえない[45]。レコードレンタル・ライブラリーは実際はそのビジネスをやめることができたのであるから、侵害を防止する権限を有していたという議論も可能であった。しかし裁判所は、被告の行為を違法とするような著作権法上の規定はなく、レンタルレコード・ライブラリーが貸し出していたレコードは合法的に利用されることも可能であったと判断した[46]。そのため、裁判所は被告がレコードレンタル・ライブラリーを運営することを停止させる理由を見いだすことはできなかった。Branson判事は*Roadshow*事件において、裁判所は防止する権限とは絶対的な防止権限のことは解さないことを繰り返している[47]。

裁判所が被告にはauthorisationの責任はないと判断したもうひとつの理由として、被告がレコードをコピーする権利を付与したり付与することを意図していなかったという事実が挙げられる[48]。裁判所は次のように述べている。

> 「通常人であれば…authorisationはauthorityを有するかそれを主張する者からもたらされ、単に他人の行為を可能にしたり幇助したりあるいは推奨したが、他人に行為を行う正当化権限（authority）を与えうることを主張していない者によって行為がauthoriseされたとは考えないだろう。」[49]

この理由づけの流れは、他人に問題とされている行為を行う権利を付与したりそれを意図することはauthorisationにあたるとする初期の裁判例から来たものと思われる[50]。しかしこれらのケースでは「authorise」を積極的な意味で用いており、もし付与したりその意図を有する場合にその者がauthoriseしていると考えている。これらのケースは付与やその意図がないことをもってauthorisationもないとは示唆していない。authorisationという概念は付与またはその意図という概念よりも広いため、後者に関する判断はauthorisationの成立に至る一方通行の道にすぎない。この点について論者、裁判官いずれも[51]長年同じような誤りを犯してきた。すなわち、「authorise」の意味として、「付与し、または付与の意思を有する」を理解し、その結果、不必要に混乱を増すことになった。もし「authorise」がそ

---

41 *CBS Inc v Ames* [1982] Ch. 91.

42 1956年英国著作権法1条は、オーストラリア著作権法と同様の著作権侵害のauthorisationに関する規定を含む。

43 *Ames* [1982] Ch. 91 at 118.

44 *Ames* [1982] Ch 91 at 113-118.

45 *Ames* [1982] Ch 91 at 113-118.

46 *Ames* [1982] Ch 91 at 118-119; ただし、オーストラリアにおいても現在は貸与権があることに注意。

47 *Roadshow* [2010] FCA 24 at [417] and [420].

48 *Ames* [1982] Ch. 91 at 106-107.

49 *Ames* [1982] Ch. 91 at 106.

50 *Evans v Hulton* [1923-28] Macg. Cop. Cas. 51; *Falcon* [1926] 2 K.B. 474; *Winstone v Wurlitzer* [1946] V.L.R. 338.

51 シンガポールの裁判所においても、以前は英国の裁判例に先例的価値を認めていたため、同じようなルートを辿っている。*RecordTV Pte Ltd v MediaCorp TV Singapore Pte Ltd* [2009] SGHC 287.

のように狭義に解されるのであれば、規定の意味を失わせ、*Falcon v Famous Players Film Co*[52]以前の状況に引き戻すことになるだろう。

CBS Songs Ltd v Amstrad Consumer Electronics Plc

上述の*Ames*事件判決の一節はTempleman判事により*CBS Songs Ltd v Amstrad Consumer Electronics Plc*[53]（*Amstrad*事件）において肯定的に引用された。この判決では「付与し、または付与の意思を有する」を「authorise」の意味で解釈したのみならず、「複製過程の管理」を侵害のauthorisationの前提であるとした。*Amstrad*事件では、控訴審は「authorise」の「付与し、または付与の意思を有する」という意味を認めたが、同時に、「認可、承諾、賛同」という解釈をも黙示的に是認した[54]。

被告Amstradは、別の被告により販売されたダブルデッキ・テープレコーダーを製造した。同機器はテープからテープへの録音機能を有しており、このことはテープを別のテープに直接複製することに非常に簡単に用いられるということを意味する。また、家庭内録音を勧めているように捉えうる広告が行われていた。しかしながら、広告においては、コピーには許諾を要する場合があることを警告しており、被告にはそのような許諾を与える権限はない旨が明らかにされていた。原告はレコード会社であり、自らおよび音楽ビジネスにいる著作権者の一部のため訴訟を提起した。原告は、この機器の広告や販売の方法は、著作権で保護されるものを1956年英国著作権法1条に反して複製することを違法にauthorisationすることになると主張した[55]。控訴審は、テープレコーダーの広告および販売は著作権のauthoriseによる侵害を構成しないと判断した。主な理由づけは2つあり、ひとつは、広告においてAmstradは必要な許諾を与える権限はないことが

[52] *Falcon* [1926] 2 K.B. 474. 前掲注7～10に挙げた裁判例における議論を参照。

[53] *Amstrad* (1988) 11 I.P.R. 1.

[54] *Amstrad* (1988) 11 I.P.R. 1 at 11.

[55] 本件は、過失（ネグリジェンス）や不法行為の誘因という他の理由に基づいても争われている。

明らかにされている[56]こと、もうひとつは、ひとたび機器が販売されるとAmstradはその利用を管理することができないこと、である。

*Amstrad*事件における唯一の理由つき判決はTempleman判事によるものである[57]。Templeman判事は、ダブルデッキ・テープレコーダーの広告および販売は機器の侵害目的利用を許可、承諾、賛同するものとなるわけではない、と判断した[58]。

Templeman判事によると、Amstradは著作権侵害による複製を助長したにすぎず、いかなる侵害をもauthoriseしていない[59]。Templeman判事は*Ames*事件の理由づけを検討し、他人の侵害行為を可能にしたり幇助するだけではauthorisationの責任を生ぜしめるには不十分であるという点に同意した[60]。この結論に至る過程で、Templeman判事は、ニュー・サウス・ウェールズ最高裁の*RCA Corp v John Fairfax & Sons Ltd* (1981) 34 A.L.R. 345[61]において肯定的に引用されていたLaddie、Prescott、Vitoriaによる*The Modern Law of Copyright*[62]の一節を否定した[63]。そこでは、もしその性質上ほとんどの場合において侵害目的に用いられるものを他人に提供したことに責任を有する場合、侵害をauthoriseしたものであるといえる、と示唆していた。Templeman判事は、この意見はあまりに広義に記述されており、著作物を貸与、販売する者のみならず著作権侵害を助長するのに用いうるものを製造、販売する者をも包含するものであるという見解を示した[64]。Templeman判事は管理要件をより強調した。彼は、管理要件を理由として挙げ、Amstradは大学と異なり、ひとたび機器が販売されたあとはその利用をコ

[56] したがって付与や付与する意思もない。

[57] 他の判事も同意している。

[58] *Amstrad* (1988) 11 I.P.R. 1 at 11.

[59] *Amstrad* (1988) 11 I.P.R. 1 at 11-12.

[60] Laddie, Prescott and Vitoria, *The Modern Law of Copyright* (1980), para.12.9, p.403.

[61] *Amstrad* (1988) 11 I.P.R. 1 at 11.

[62] *Amstrad* (1988) 11 I.P.R. 1 at 11.

[63] *RCA Corp v John Fairfax & Sons Ltd* (1981) 34 A.L.R. 345 at 354. See also A. Liberman, Notes Section (1981) 55 A.L.J. 592.

[64] *Amstrad* (1988) 11 I.P.R. 1 at 12.

ントロールしていなかった[65]、すなわちAmstradは複製過程に対する管理性を有さなかったと述べて、*Moorhouse*事件と区別した。彼は、装置がどのように利用されるかに対する管理能力なしに、Amstradが著作権侵害をauthoriseしたとして責任を問われることはないと述べた。

Templeman判事はまた、*Amstrad*事件における事実を「必然的な侵害」の事例と区別している[66]。後者は本質的に、販売、賃貸されたものが侵害目的にのみ利用されえた場合に著作権侵害のauthorisationに対する責任を認定している。*Amstrad*事件においては、問題となった機器は非侵害目的に利用しうるという事実が明らかであった。「必然的な侵害」の事例については後述する。

Amstrad事件の事実により明らかになった対立は解決が容易なものではなかった。Amstrad他の被告が著作権侵害をauthoriseしたものとして有責とされたのであれば、その帰結としてありえた選択肢のひとつは当該機器の販売中止であっただろう。この解決はTempleman判事の好むところではなかった。実際、彼はそれが現行著作権法制の下では選択肢にすらならないと明確に述べている[67]。Templeman判事は電器業界とエンタテインメント業界の間で生じていた対立を認識していた。彼はそれぞれの業界は互いに依存するものであると考え、次のように述べている。

> 「エンタテインメントに対する公衆の欲求がなければ、電器業界は機器を公衆に販売することはできないだろう。電器業界が供給する機器がなければ、エンタテインメント業界は家庭においてエンタテインメントを提供することはできないし、例えば20世紀の不協和音で空気を満たすオーケストラを維持したり、メロディのない歌を歌うようなボーカルのいないグループの録音から利益を上げることもできない。」[68]

[65] *Amstrad* (1988) 11 I.P.R. 1 at 11.

[66] *Amstrad* (1988) 11 I.P.R. 1 at 10-11, namely *Monckton v Pathe Freres* [1914] 1 K.B. 395 and *Evans v E Hulton & Co Ltd* [1923-28] Macg. Cop. Cas. 51.

[67] *Amstrad* (1988) 11 I.P.R. 1 at 9.

[68] *Amstrad* (1988) 11 I.P.R. 1 at 3.

しかしながら、2つの業界の利益が衝突する領域がひとつある。消費者が新しい機器を購入する誘因となるよう、機器に新しい機能を組み込むというのは電器業界の関心事である。エンタテインメント業界にとっては、エンタテインメント製品を提供する唯一の供給者である地位を維持することが重要である。電器業界が機器に組み込んで公衆に販売する新しい機能は衝突の原因となる。この新しい機能は公衆がエンタテインメント業界が発行した著作物をコピーすることを可能にし、その結果としてもともとの著作物や録音物の需要を減少させ、エンタテインメント製品の一次的供給者としての同業界の地位を脅かすことになる[69]。

Templeman判事は、著作権法はもはや量産技術やそのための発明に対処することはできないと認めた。そうした技術や発明はもともと著作権者のために著作物の市場を創出したが、現在では著作権者の権利を侵害するための手段を提供している[70]。Templeman判事の目からは、この大きな対立は立法でしか解決されえない。彼は、録音機器の販売価格に補償金を導入するというWhitford Committeeの提案につき詳細に説明したが、そうした補償金が採用されるべきか否かについての見解は明らかにしなかった。その代わり、Templeman判事はどのような対応であれ議会がこの対立を解決するための行動をとるべきであると強く促した[71]。*Amstrad*事件では、すべての関係者の利害をどのように調整するかという問題が大きかった。Amstradが著作権侵害を促進させたのは明らかであったが、ダブルデッキ・テープレコーダーの販売を禁止していたらテクノロジーという観点からは後退の一歩となっていたであろう。

*Ames*事件の原告は裁判所に対し、著作権侵害を防止するために被告のレコードレンタル事業を終了するよう命じることを求めた。裁判所はこの請求を棄却した[72]。*Amstrad*事件の原告も同様に、被告が機器を販売することの差止めを求めたが、裁判所は再びこれを棄却した[73]。*Amstrad*事件の

[69] *Amstrad* (1988) 11 I.P.R. 1 at 3-4.

[70] *Amstrad* (1988) 11 I.P.R. 1 at 17.

[71] *Amstrad* (1988) 11 I.P.R. 1 at 17-18.

[72] 前掲注45～47を参照。

[73] See *Amstrad* (1988) 11 I.P.R. 1 at 9 and accompanying text.

Templeman判事は、イギリス著作権法には、合法にも違法にも複製を行うことができる電子機器の発明、製造、販売、広告を禁止するような明文規定はないし黙示もされていないと判示している[74]。イギリスにおけるこれらの裁判例において、裁判所は、被告が機器の販売やサービスから完全に撤退すれば侵害を防止できることをもって防止する権限を有するものであるとは考えなかった[75]。この立場は、「必然的に侵害を引き起こす」機器の供給者が裁判所に機器の提供中止やサービスの中止を命ぜられた「必然的な侵害」の裁判例と対照的である。

オーストラリアにおける裁判例－管理権限

オーストラリアにおける多くの裁判例はauthorisation規定を検討し[76]、そのすべての事例において*Moorhouse*事件の高裁が採用した「authorise」の辞書的な解釈を採用している。以下では管理する権限という要素を検討している初期の裁判例のうち2件を見ていくこととする。

WEA International Inc v Hanimex Corp Ltd[77]（*Hanimex*事件）はオーストラリア連邦裁判所における単独審による判決である。これは、ラジオで放送されたカーオーディオ用に特別に設計されたブランク・カセットテープの広告が問題となった事案であった。広告は熱いダッシュボードにも耐えることができる点を強調することで、このブランク・カセットテープの物理特性の長所を宣伝するものであった。

「もし大切な録音をダメにしたくなければ、Fuji GTIテープを使いましょう。溶けたり、歪んだり、ねじれたり、曲がったりしない唯一のテープです。たとえ熱いダッシュボードの上でも。」[78]

原告は、この広告は特別なブランク・カセットテープに録音物をコピーするよう消費者を煽るものであり、それゆえに著作権侵害をauthoriseしている、と主張した[79]。

Gummow判事は単独で、この広告は消費者がブランク・カセットテープに録音物をコピーするよう煽ったり勧誘したりしていることはないと判断した。彼は管理要件の必要性を強調し、著作権侵害をauthoriseする者は直接侵害者に対する管理を有さなければならないことを繰り返し述べた。この事案に関しては、そのような管理の事実は見られなかった[80]。また、著作権侵害の主張は、原告が直接侵害の証拠を提示することができなかったという理由でも失敗に終わった。無許諾の複製が広告を聞いた者によって実際に行われたことを証明する証拠は提示されなかった。直接侵害の必要性は長きにわたって不可欠であると考えられている[81]。

管理要件に関する2つめの事案は*Australasian Performing Right Association Ltd v Jain*[82]である。*Hanimex*事件と異なり、被告には管理が可能であったという事実が示されていた。被告は企業の取締役およびCEOであり、その企業が保有する居酒屋においてライセンスを受けていない音楽が演奏されていた。証拠によると、被告は繰り返し著作権侵害に接していたが、明らかに侵害を防止する権限があるにもかかわらず何の行動もとらなかった。*Moorhouse*事件の「authorise」とは「認可、承諾、賛同」を意味するという解釈に従い、裁判所が著作権侵害のauthorisationを認定するのに問題はなかった。

[74] *Amstrad* (1988) 11 I.P.R. 1 at 9.

[75] 前掲注46、47を参照。

[76] See for example *WEA International v Hanimex* (1987) 10 I.P.R. 349; *Dyason v Autodesk inc* (1990) 18 I.P.R. 109; *Australasian Performing Right Association Ltd v Jain* (1990) 18 I.P.R. 663; *Nationwide News Pty Ltd v Copyright Agency Ltd* (1996) 136 A.L.R. 273; *Australasian Performing Right Association Ltd v Metro on George Pty Ltd* (2004) 61 I.P.R. 57, *Universal Music Australia Pty Ltd v Cooper* (2005) 150 F.C.R. 1; and *Universal Music Australia Pty Ltd v Sharman License Holdings Ltd* (2005) 65 I.P.R. 289.

[77] *Hanimex* (1987) 10 I.P.R. 349.

[78] *Hanimex* (1987) 10 I.P.R. 349 at 352.

[79] 原告は取引慣行に基づく主張も行っている。

[80] *Hanimex* (1987) 10 I.P.R. 349 at 362.

[81] See for example *A & M Records v Audio Magnetics* [1979] F.S.R. 1; *RCA Corp v John Fairfax* (1981) 34 A.L.R. 345; *Copyright Agency Ltd v Haines* (1982) 40 A.L.R. 264.

[82] *Jain* (1990) 18 I.P.R. 663.

2000年著作権法改正[83]以降の*Australasian Performing Right Association Ltd v Metro on George Pty Ltd*[84]、*Universal Music Australia Pty Ltd v Cooper*[85]（*Cooper*事件）、*Universal Music Australia Pty Ltd v Sharman License Holdings Ltd*[86]（*Kazaa*事件）、*Roadshow*事件[87]といった裁判例はすべて、事案として管理権限という要素が存在していた。どの判決も101条(1A)(a)の「もしあれば」の意味を確認するような危険は冒さなかった。この点については次節で検討する。

必然的な侵害の裁判例

これは「必然的な侵害」事例を研究するための連結点として適当である。すでに述べた通り、これらの裁判例は基本的に、販売、提供、貸与されるものが侵害目的のみ、あるいはもっぱらその目的に用いられうる場合に著作権のauthorisationに対する責任を認めている。これはある意味で、ものが侵害にも非侵害にも用いられうる場合にはそのものは主要な商品であって製造者は二次侵害の責任を問われないというアメリカのstaple article of commerce doctrineを逆から述べた類似する法理であるといえる[88]。

イギリスとオーストラリアでは、「必然的な侵害」事例というこのカテゴリーは特に重要であるが、著作権侵害のauthorisation法理をめぐる混乱の多くを解決することができたであろうにもかかわらず、オーストラリアにおける最近の判決は特にこれに言及していない。*Roadshow*事件においてCowdroy判事は「authorisationが認められた他の裁判例とを明確に区別するための要素は、まさにこのインターネットの利用態様の広範さに求められる」と述べ[89]、*Metro*事件と*Jain*事件という2つの「必然的な侵害」事例に言及した[90]にもかかわらず、彼はインターネットの広範性を、単にそれを提供することが*Moorhouse*事件でJacobs判事が論じた意味での黙示的な誘因にあたらないのか説明するために用いている。上述の通り、「必然的な侵害」という例外は*Amstrad*事件においてTempleman判事が詳しく述べている。

> 「*Monckton v Pathe Freres Pathephone Ltd* [1914] 1 K.B. 395 403頁において、Buckley判事は『私が考えるに、レコードの販売者はレコードを利用することを authoriseしており、そこでいう利用とは音楽著作物の実演である』と述べている。この場合、レコードを用いた音楽著作物の実演は必然的に侵害利用と結びついており、レコードはその目的で販売されている。*Evans v E Hulton & Co Ltd* (1924) 131 L.T. 534, 535においてTomlin判事は次のように述べている。
>
> > 出版を視野にいれながら原稿に関する権利を他人に売った場合であって、実際にそれが発行された場合には、英語の意味としても常識の問題としても、印刷とその出版を『authorise』したものと理解することが求められる。
>
> 販売の対象、すなわち出版は必然的に侵害となる。*Falcon v Famous Players Film Co* [1926] 2 K.B. 474において、被告は原告の演劇に基づくフィルムを映画のために用いた。被告は1911年著作権法により原告に認められている演劇を実演する排他的権利を侵害したものと判断された。繰り返すと、援用者は侵害にしかならない利用物を販売していたのである……」[91]

[83] 後掲注92、93における議論を参照。

[84] *Australasian Performing Right Association Ltd v Metro on George* (2004) 61 I.P.R. 57.

[85] *Universal Music Australia Pty Ltd v Cooper* (2005) 150 F.C.R. 1.

[86] *Kazaa* (2005) 65 I.P.R. 289.

[87] *Roadshow* [2010] FCA 24.

[88] See for example Yee Fen Lim, "The Application of the Doctrines of Contributory Infringement and Vicarious Liability to Internet Service Providers" (1999) 3 *West Virginia Journal of Law and Technology* 2.2 and Jane Ginsburg, "Copyright Control v Compensation: the prospects for exclusive rights after Grokster and Kazaa" in A. Stowel (ed.), *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law* (Cheltenham: Edward Elgar, 2009).

[89] *Roadshow* [2010] FCA 24 at [412].

[90] *Roadshow* [2010] FCA 24 at [385].

[91] *Amstrad* (1988) 11 I.P.R. 1 at 10-11.

同様に、*Wilden Pump & Engineering Co v Fusfeld*[92]も、ある設計図の著作権を侵害するものを製造するよう注文することは、必然的に設計図に対する侵害を引き起こすことから、「必然的な侵害」の事例である。

本質的に、販売されたり提供されたりするものが侵害目的利用のみで合法的、非侵害の利用がない場合、裁判所がものやサービスの提供者が著作権侵害をauthoriseしたものと認定することに障害はない。防止権限という要件が本質的に充足されているのか不要なのかは明らかではない。裁判所は2000年以前には不要であると判断していたが、最近の判決では、非侵害利用がない場合には、当該製品やサービスを市場から引き揚げることで管理要件は満たされると判示している。2000年には、オーストラリアにおける著作権侵害のauthorisation法理を明確化する目的で（しかし、変更する意図ではなく）、1968年著作権法に101条(1A)が追加された[93]。

101条(1A)は、裁判所は「その者が問題となった行為を防止する権限（もしあれば）の範囲」を考慮しなければならないと定めている。「もしあれば」という語が含まれたことで、ある論者[94]はこの項がそれまでの法に変更を加えるものであると論じている。しかしこれは誤った見解である。なぜなら、「もしあれば」という語の追加は上述した2000年以前の「必然的な侵害」事案、すなわち防止権限という要件が必要ではなかった事案を含むためのものだからである。この例外は侵害が必然的であったという事実がある場合にのみ適用されるものであることは強調されなければならない。この理由づけは、非侵害と侵害のいずれにも利用できるものには適用することができない。

[92] *Wilden Pump & Engineering Co v Fusfeld* (1983) 8 I.P.R. 250.

[93] See Wilcox J. at [402] in *Kazaa* (2005) 65 I.P.R. 289, citing Bennett J. in *Metro,* and approved by Branson J. at [20] and Kenny J. at [136] in *Cooper* (2005) 150 F.C.R. 1 and Cowdroy J. in *Roadshow* [2010] FCA 24 at [415].

[94] See for example Ginsburg and Ricketson, "Inducers and Authorisers" (2006) 11 *Media & Arts Law Review* 1.

1993年の*Australian Tape Manufacturers Association Ltd v The Commonwealth of Australia*[95]において、高等裁判所は次のように判示した。

> 「ブランクテープやビデオレコーダーといった合法目的の利用がある製品の製造、販売が著作権侵害のauthorizationにあたるわけではないのは当然である。これは、仮に製造者や提供者が当該製品が家庭内録音録画のような侵害目的に用いられる可能性を知っていたとしても、購入者の利用に対する管理を有さない限り、同様である。」[96]

2006年の*Cooper v Universal Music Australia Pty Ltd*[97]（*Cooper II*事件）控訴審判決は、Cooperが提供したものはユーザーが音楽MP3ファイルを違法に入手し他人が違法に取得することを助長することが重要でほぼ間違いなく唯一の目的であり、全体的に見て著作権侵害を構成するものであることから、必然的な侵害の事案に分類することができる[98]。これが理由となって、Copperがコピーの過程を管理していたかどうか疑いがあったにもかかわらず、「必然的な侵害」事例による例外であるとして妥当な判決が下された。同様に、同じ例外に依拠しながら、インターネット・サービス・プロバイダーのComcenもCopperのウェブサイトの無料ホスティングを拒絶することで侵害を防止する権限があったと判断された[99]。

*Copper*事件については、一審のTamberlin判事[100]と控訴審のBranson判事

[95] *Australian Tape Manufacturers Association Ltd v The Commonwealth of Australia* (1993) 177 C.L.R. 480.

[96] *Australian Tape Manufacturers Association* (1993) 177 C.L.R. 480 at 498.

[97] *Cooper v Universal Music Australia Pty Ltd* (2006) 156 F.C.R. 380.

[98] Branson判事は*Cooper II* (2006) 156 F.C.R. 380 at [64]において、Comcenはウェブサイトのホスティングをやめたり、「彼のウェブサイトが主として著作権侵害のために利用されているのをやめるよう」圧力をかけることができたと述べている。See also Cowdroy J. in *Roadshow* [2010] FCA 24 at [411] to [412].

[99] Tamberlin J. in *Cooper* (2005) 150 F.C.R. 1 at [121]. これらの認定は控訴審である*Cooper II* (2006) 156 F.C.R. 380においてBranson判事およびKenny判事の個別判決で支持されており、French判事（当時）はこの両方に同意している。

[100] *Cooper* (2005) 150 F.C.R. 1 at [41].

の両者がいずれも「必然的な侵害」の例外といういささか曖昧な概念について遠まわしに言及しているところが興味深い。

> 「私は、本項［101条(1A)(a)］の意味においては、著作権に含まれる行為を防止する権限には、例えば、**その行為に導くことになる技術的な能力**を公衆に利用可能とすることによって当該行為を容易にするということを行わない権限も含むものと判断する。」（強調は著者による。）

ここで強調した「その行為に導くことになる技術的な能力」は、「必然的な侵害」という例外への誤った論及を示唆している。Branson判事の見解では、技術的能力が侵害行為に導くものである場合にのみ裁判所は当該人が装置を提供しないことにより防止する権限を有すると決定できるということになる。それゆえ、促進されたものが侵害にも非侵害にも利用可能な場合には、Branson判事のいう「その行為に導くことになる」という要件は満たさないことになろう。

*Cooper*事件の直後に判断された*Kazaa*事件は若干難しい事件であった。*Kazaa*事件で問題とされたBitTorrentという技術は侵害目的にも非侵害目的にも利用可能である。しかしながら、もし*Kazaa*事件の具体的な事実を考慮するのであれば、これも「必然的な侵害」に分類される事件であることは明らかである。*Kazaa*事件で問題となったシステムはほとんどが著作権侵害のために利用されており、ユーザーも侵害の手段と考えており、非侵害目的は考慮していなかったことは圧倒的な事実である[101]。そのため、*Kazaa*事件はこの法理への例外を拡張し、一般的に技術を審理するのではなくむしろ特定の事例の問題として、そこで意図されていた実際の目的を判断することを求めたのであろう。

[101] See Justice Cowdroy in *Roadshow* [2010] FCA 24 at [411]:「この立場は、大部分が著作権侵害の『手段』に用いられていると判断され、ユーザーにも確かにそのように考えられていたKazaaシステムと対比できよう。同様に、Cooperのウェブサイトにあるリンクの圧倒的大多数は著作権侵害ファイルにリンクされていた。」See also *Roadshow* [2010] FCA 24 at [412].

事実が当該製品やサービスは「必然的な侵害」をもたらすものではないことを示している場合、裁判所は上述の*Hanimex*事件や*Amstrad*事件のように管理性や防止権限の有無について判断しなければならないことは記しておく必要があろう。

Roadshow事件

オーストラリアにおいて著作権侵害のauthorisationを判断した最新の事件は、2010年に連邦裁が判決を下した*Roadshow*試訴事件である[102]。この事件はFull Federal Courtに控訴された。判決自体は著作権侵害のauthorisation法理に関する代表的な裁判例を精査しており、著者はその結論には賛成するが、理由づけは独創的であり不必要に同法理を複雑にしている。主にメジャーな映画会社からなる34社の団体が、オーストラリア第3位のインターネット・サービス・プロバイダー（ISP）であるiiNetに対して、その利用者が行った著作権侵害を理由に手続きを開始したものである。オンライン上でのP2P著作権侵害を抑止するために行われたこの試訴は、*Copper*事件や*Kazaa*事件といった二次的侵害に対する責任を認定した判決があることを考えると、予想外のものということはないだろう。特に、*Copper*事件では、Copperが利用していたISPが著作権侵害をauthoriseしたことに対する責任を認定されている。しかしながら、*Cooper*事件の事実は*Roadshow*事件のそれとは大きく異なっている。*Roadshow*事件では、*Cooper*事件で被告ISPが行っていたような侵害を推奨したり積極的にサポートするような行為は一切行っていなかった[103]。

iiNetに対する訴えは、顧客がBitTorrent技術を用いてそのネットワーク上で行っている映画やTV番組の違法ダウンロードを中止させることを怠っていることに対するものである。連邦裁は、iiNetは顧客による著作権侵害に対する責任を負わないと判断した。iiNetは過去も現在も侵害を推奨し

[102] *Roadshow* [2010] FCA 24.

[103] *Roadshow* [2010] FCA 24 at [408]:「…さらには、契約を締結し、Cooper氏がComcenのロゴとそのウェブサイトへのリンクによってComcenの広告を行うことと引き替えに、Cooper氏のウェブサイトを無料でホスティングしていた。」

ておらず、インターネットへの接続を提供しているという事実は顧客に侵害行為を行うことをauthoriseすることを意味しない。iiNetは侵害について知っていたものの、裁判所は、BitTorrentシステムのような侵害のための実際の手段を提供することと電力その他のインフラを提供するといった侵害に必要となる前提条件を提供することとは異なるものであり、iiNetが実際に行っていたのは後者である、そして、必要な前提条件を提供することはauthorisationとなることはない、と説示した。

Cowdroy判事によると、侵害行動に寄与していたのはBitTorrentシステムであり、ISPのサービスではない。その結果、iiNetはユーザーがその接続サービスを利用してシェアしたりダウンロードしたりするコンテンツに対する管理を有さないと判断された。以下では、同判決における著作権侵害のauthorisationに関する説示を分析する。

判例法の2分類

裁判所の出発点はほとんどが後の議論に向けられているように思われる。そのため、著作権侵害のauthorisation法理の内容を見る前に、先に判決の理由づけを分析する。

Cowdroy判事は次のように述べている。

> 「もし*Moorhouse*事件判決がオーストラリアにおける今日のauthorisation法理の基礎と認められるのであれば、本裁判所は同判決以降の裁判例は2つに分類できると考える。すなわち、*Australian Tape Manufacturers*事件、*Cooper*事件、*Cooper*事件［訳注：原文ママ］、*Kazaa*事件、そして本件といった『テクノロジーに関する事案』と、これに対して*Jain*事件や*Metro*事件のような『APRA事案』である。いずれの判例の流れも*Moorhouse*事件の原則に基づいているが、これらは事実上極めて異なるものであり、これらについて検討する際にはこのことを留意しなければならない。」[104]

[104] *Roadshow* [2010] FCA 24 at [384].

Cowdroy判事が裁判例を2つのカテゴリーに分類した唯一の理由は、すべての裁判例が*Moorhouse*事件の原則に従っているにもかかわらず、それらが「事実上極めて異なっている」と感じたからであるように思われる。法理全体としては一貫しているにもかかわらず事実の相違に基づいて裁判例を分類することは不必要であるしauthorisation法理に対するさらなる混乱を引き起こすことになる。裁判例を人工的にテクノロジー事例とAPRA事例に分類する必要はない。法は様々に異なる事実の組み合わせに直面しているが、法理や原則は何十年にもわたって十分に適合したものであり続けている。Cowdroy判事が裁判例を2つのグループに分類したのは、何が侵害「手段」を構成するかに関する判決理由を支持することに役立つからであるように思える。

侵害の手段

*Roadshow*事件においてCowdroy判事は、*Moorhouse*事件でGibbs判事が示した侵害の「手段」の意味を微調整することを意図した。しかし、そうすることで彼は実際には従前の裁判例と矛盾する彼独自の解釈を事実上導入することとなった。

Cowdroy判事は侵害の前提条件の提供と実際に侵害を行う「手段」の提供を区別することの重要性を述べた。*Moorhouse*事件との関係では、次のように述べている。

> 「すでに論じた通り、コピー機は著作権侵害に利用できる。しかしGibbs判事やJacobs判事の理由づけでは、単にコピー機を提供する行為は理論的に考えれば侵害の『手段』ではない。むしろ、著作物に囲まれた図書館における特定の文脈において侵害の『手段』になるにすぎない。」[105]

Cowdroy判事はさらに、*Moorhouse*事件で認定されていた、電力や侵害が発生した物理的なスペースの提供、侵害に用いられたコンピューターや

[105] *Roadshow* [2010] FCA 24 at [400].

そこで動いているMicrosoft WindowsのようなOSといった、他の前提条件の説明を続けた。しかし、彼はこれら必要となる前提条件をそれぞれ別々に提供している者が侵害をauthoriseしたということはできないことを強調した[106]。

彼は*Moorhouse*事件に対するこの理解を本件の事実に当てはめ、被告によるインターネット接続の提供は発生した侵害に必要な多くの前提条件のひとつにすぎず、インターネット接続の提供は侵害の「手段」の提供ではないと結論づけた。彼はISPが被告とならなかった*Kazaa*事件の裁判に言及し、*Kazaa*事件の焦点はそれにより侵害が発生したより直接的な手段、すなわちKazaaシステムそれ自体にあったと述べた。Cowdroy判事は次のように述べている。

> 「BitTorrentシステムの利用は、全体としては単なる侵害の前提条件ではない。それは、非常に現実的な意味において、原告の著作権を侵害するための『手段』であった。これは、BitTorrentシステムの利用によるもの以外に侵害が発生しているわずかな証拠もない場合に誰でも至る不可避の結論である。この結論は単なるインターネットの利用だけでは原告の著作権を侵害する術はないという決定的な事実により補強されている。常に追加的なツールが必要である。それは、Cooper事件ではCooper氏のウェブサイトにおける著作権侵害ファイルへのリンクであり、Kazaa事件におけるKazaaシステムのようなP2Pシステムであり、本件ではBitTorrentシステムである。BitTorrentシステムがなければ、侵害は発生しえなかった。」[107]

この段落はいささか撹乱させるものであり、彼は具体的なステップと著作権侵害に必要なテクノロジーを区別しているが、これはまったく有益ではないと思われる。第一に、コンピューターとデジタルメディアの出現により、著作物の完全な複製が容易に行えるようになった。著作権侵害を行うためには、Cowdroy判事が述べたような「追加的なツール」は必要ない。

[106] *Roadshow* [2010] FCA 24 at [401].

[107] *Roadshow* [2010] FCA 24 at [402].

画像やテキストは、インターネットあるいはウェブ・ブラウザーやメールソフトといった最低限のソフトウェアの有無にかかわらず、Cooperのウェブサイトや Kazaa システムなしに、完全なコピーをすることができる。さらに、「BitTorrentシステムがなければ、侵害は発生しえなかった」という説示は単純に正しくない。訴訟のなかで他のプロトコルやインターネット技術を用いた著作権侵害の証拠はなかったものの、そのことはBitTorrentシステムなしでは侵害が不可能だということを意味するわけではない。

第二に、もしCowdroy判事がしたようにツールを前提条件か「手段」そのものかに分けるとなると、どのようにただの前提条件と侵害の手段そのものというツールの分類を行うのかということが実際は非常に問題となる。判決385頁で言及されている*Jain*事件の事実を例にとってみよう。*Jain*事件では、著作権侵害をauthoriseしたのは公にライヴ音楽が演奏されていた居酒屋を所有する企業の取締役であった。Cowdroyの判決理由によるならば、居酒屋を所有することは単なる前提条件であり侵害手段の提供ではない、より直接的な侵害手段はミュージシャンが演奏するのに用いた楽器と楽譜であろう、したがって*Jain*事件の判決は誤りである、という議論を行うことができよう。被告が明らかに演奏される音楽を管理することができたのであるから、これは明らかにばかげた結論であろう。

このことは、Cowdroy判事によるテクノロジー事例とAPRA事例への裁判例の分類に対して生じた前述のポイントを想起させる。Cowdroy判事は「侵害手段」の解釈に対する自分の理由づけを正当化するために裁判例の分類を行っているように思われる。なぜなら、もしAPRA事例とテクノロジー事例が一緒に判断されることになると、すでに強調したように彼の結論はばかげたものに見えるからである。事実はそれぞれに異なるものの、この手法を用いた判決を正当化するために事案を分類する必要性がある事案は見あたらない。むしろ、これまでの裁判例はただ*Moorhouse*事件の定式化に追随しており、そこで示された原則に基づいていたのである。

法理のISPへの当てはめ

著作権侵害のauthoriseに対するインターネット・サービス・プロバイダーの責任は、authorisation規定に関する確立された原則をインターネッ

ト・サービス・プロバイダーに適用することで判断しなければならない。まず最初に、インターネット・サービス・プロバイダーは合法目的にも違法目的にも利用しうるサービスを提供しており、とりわけ強力なコミュニケーション・ツールを提供している。そのため彼らは「必然的な侵害」を扱うカテゴリーには分類されない。*Moorhouse*事件、*Amstrad*事件、*Ames*事件における被告と同様に、インターネット・サービス・プロバイダーは著作権侵害を容易にしているといえる。これらの被告と同じく、インターネット・サービス・プロバイダーはなかでも複製権の侵害を容易にしている。さらに、インターネット・サービス・プロバイダーは自らのシステム上で著作権侵害が時々生じていることを知っている[108]。そこで重要になるのが、インターネット・サービス・プロバイダーは自身のシステムがどのように使われるか管理することができるか、もっと具体的にいえば、複製過程に対する管理ができるかということである。

侵害目的にも非侵害目的にも利用されうるモノやサービスにとって、防止権限要件は絶対的なものではなく、また装置販売やサービス提供から完全撤退することで侵害を防止することができるという意味でもないことを繰り返しておくことは重要である。防止権限はそのモノやサービスの利用を管理する能力に由来すると判示されてきた[109]。侵害が生じた際にそれを管理、防止する権限、あるいは裁判例で述べられているコピー過程を管理する能力が重要である。*Amstrad*事件、*Ames*事件、*RCA Corp v John Fairfax*のような事例では、侵害は現実には被告と地理的に離れた人々の家

[108] 長年このように考えられていた。例えば、米国の大手オンライン・インフォメーション・サービス・プロバイダー8社が共同で特許商標庁長官に提出した*Comments of Online Service Providers on a Preliminary Draft of the Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*（1994年9月7日）を参照（*http://www.digex.net/hrrc/online.html* アクセス日：2010年11月30日）。そのなかでは、オンライン・インフォメーション・サービス・プロバイダーがそうした知識を有していることを明確に自認している。

[109] *Australian Tape Manufacturers Association Ltd v Commonwealth of Australia* (1993) 176 C.L.R 480; *A & M Records v Audio Magnetics* [1979] F.S.R. 1; *RCA Corp v John Fairfax* (1981) 34 A.L.R. 345; *Ames* [1982] Ch. 91; *Amstrad* (1988) 11 I.P.R. 1; *Nationwide News v Copyright Agency* (1996) 136 A.L.R. 273.

庭やオフィスといった場所で行われており、また、より重要なこととして、その管理が及んでいない。それゆえに、被告が侵害者や侵害行為に対して必要な管理を有していなかったと判断されたのである。

次にインターネット・サービス・プロバイダーがそのシステムが利用される態様を管理することができるかどうかという問題について検討する。インターネット・サービス・プロバイダーが提供するサービスはすべて合法目的にも違法目的にも利用されうるものである。インターネット・サービス・プロバイダーがそのサービスの利用態様に対して管理することができるというのであれば、侵害利用を防止する法的権限を有しているといえよう。もしインターネット・サービス・プロバイダーが侵害利用を防止する法的権限を有するのであれば、彼らはまた合法利用と違法利用を識別する法的権限も必然的に有していなければならない。例えば電子メールは会議の議事録を送ることもできれば、書籍の全文を送ることもできる。インターネット・サービス・プロバイダーが侵害利用を防止する法的権限を持つためには、合法利用と違法利用を識別する法的権限も有さなければならない。もしインターネット・サービス・プロバイダーが合法利用と違法利用を識別する法的権限を持たないのであれば、違法利用を防止することができず、侵害過程を管理できないということになろう。こうした管理を欠くため、インターネット・サービス・プロバイダーは著作権侵害をauthoriseしたとして法的責任ありとすることはできない。こうした議論によって、1997年にはすでに、オーストラリア法の下ではインターネット・サービス・プロバイダーは実際には合法利用と違法利用を識別する法的権限を有しておらず、それゆえに著作権侵害のauthoriseに対する責任を認めることはできないことが論証されていた[110]。

インターネット・サービス・プロバイダーはおそらく他のオンライン設備の提供者と対比されるだろう。著者がすでに指摘している通り[111]、侵害

[110] Yee Fen Lim, “Internet Service Providers and Liability for Copyright Infringement through Authorisation” (1997) 8 Australian Intellectual Property Journal 192; and cf. Cowdroy J. in *Roadshow* [2010] FCA 24 at [409].

[111] Yee Fen Lim, *Cyberspace Law: Commentaries and Materials* 2nd edn (Melbourne:

目的にも非侵害目的にも利用できる有体物を提供する者は、物理的にモノや設備を手放し、それにより自らの管理を取り除くことによって、*Ames*事件の場合のようにauthorisation責任を免れるのが容易である一方で、オンライン設備の提供者にとって同じことをするのは簡単ではない。

> 「確かに、インターネットとの関連で、設備の提供者がそれを手放したと見なされ、それゆえにもはや直接侵害者に対する管理を有さないと見なされる立場にあるとされることがありうるかどうかは疑わしい。」[112]

実際、インターネットではいかなるソフトウェア・サービスもリモートで追跡、モニター、管理できることから、供給者にとって管理権限を欠くことを主張するのは非常に難しい可能性がある[113]。

結論

authorisation責任を恣意的に直接の侵害手段か単なる前提条件かに分類することに基づいて考えることは有益ではない。authorisationの法は、どの原則が適用されるかについて今までずっと明確であり、侵害手段の定義に創造的である必要はない。本論文の主張は、多くの裁判例において最も重要でおそらく決定的だった要素とは、「必然的な侵害」事案における例外に鍛えられた管理権限という要素であろうというものである。

「法はすべての人が著作者の著作権を保護する積極的な義務を負っているとは認めていない」[114]ものの、このことによってISPが一切の責任を負わないということは意味しない。*Moorhouse*事件の原則に従えば、ISPはシステムの利用者を無制限に誘因することを制限するため、合理的な手段を講じなければならない。すなわち、彼らは少なくとも利用者に著作権法の存

Oxford University Press, 2007), p.517.

[112] Lim, *Cyberspace Law*, 2007, p.517.

[113] Lim, *Cyberspace Law*, 2007, Ch.4, "Privacy and the Internet".

[114] Cowdroy J. in *Roadshow* [2010] FCA 24 Case Summary at [20].

在を思い出させなければならないであろう。最近の裁判例のなかには、たとえ著作権侵害を奨励していたとしても、管理性や防止権限といった他の必要な要素を伴っていなければ、「必然的な侵害」事例に分類されない限り侵害のauthorisationに対するいかなる責任も負わないとするものもある。そのため、著作物の保護に関して正確に何がISPの義務であるかは、依然として不明瞭なまま残されているのである。

［訳者注］：本稿は、Yee Fen Lim, *"Bound to Infringe": The Forgotten Child of the Doctrine of Authorisation of Copyright Infringement*, [2011] E.I.P.R., Issue 2, pp. 91-102の翻訳である。本誌への翻訳の掲載をご快諾いただいたLim教授およびSweet &Maxwell社に、記して感謝申し上げる。