



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	自動公衆送信の日中比較研究 : WIPO条約からの軌跡
Author(s)	孫, 友容
Degree Grantor	北海道大学
Degree Name	博士(法学)
Dissertation Number	甲第12966号
Issue Date	2018-03-22
DOI	https://doi.org/10.14943/doctoral.k12966
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/69378
Type	doctoral thesis
File Information	Yourong_Sun.pdf



自動公衆送信の日中比較研究
——WIPO 条約からの軌跡——

孫 友容

序章	4
第1節 問題の所在	4
第2節 本稿の構成	7
第1章 自動公衆送信に関する予備的な考察	9
第1節 国際条約	9
I WCT と WPPT 両条約の締結の背景	9
II WCT と WPPT 両条約の締結過程	11
III WCT と WPPT 両条約における自動公衆送信に関する内容	25
第2節 日本法における自動公衆送信に関する予備的な考察	35
I はじめに	35
II 自動公衆送信の沿革	35
III 自動公衆送信の意義	37
IV 自動公衆送信に関する法規範の趣旨	42
第3節 中国法における自動公衆送信に関する予備的な考察	44
I 2001 年法改正前	44
II 2001 年法改正後	46
III 情報ネットワーク伝達の意義	47
第4節 小括	52
第2章 日中における自動公衆送信に関する法規範の適用——インタラクティブ要件 ..	55
第1節 日本	55
I 判例および学説	55
II 検討	57
第2節 中国	59
I 送受信の時間が特定されている場合	59
II 送受信の場所が特定されている場合	64
第3章 日中における自動公衆送信に関する法規範の適用——公衆要件	67
第1節 日本	67
I 判断の枠組み	67
II 「不特定少数」	77
III 「特定」	80
IV 「多数」	82
第2節 中国	84
I 公衆要件に関する議論の欠如	84

II	「情報ネットワーク」に関する議論に散見される「公衆」	86
III	検討	87
第4章	日中における自動公衆送信に関する法規範の適用——送信要件	89
第1節	日本	89
I	はじめに	89
II	規範的な主体論について	90
III	「まねきTV」事件上告審判決の論理について	101
IV	検討	103
V	小括	110
第2節	中国	114
I	一般的ディープ・リンクに関する裁判例	115
II	特定類型の著作物を検索するサービスに関する判例	118
III	「サーバ」基準と「ユーザー」基準の対立	120
IV	司法実務の発展——アグリゲーション・プラットフォーム問題	122
V	学説の動向	124
第5章	国際条約の実施の光と影	126
第1節	はじめに	126
第2節	インタラクティブ要件	128
I	日本の場合	128
II	中国の場合	129
第3節	公衆要件	134
I	日本の場合	134
II	中国の場合	136
第4節	送信要件	138
I	日本の場合	138
II	中国の場合	140
終章	残された課題	142

序章

第1節 問題の所在

自動公衆送信とは、日本の著作権法上の概念であり、例えばインターネット通信などのように、公衆からの求めに応じて自動的に行う送信をいう。また、日本法上の自動公衆送信とはほぼ同じ位置づけを有する中国の著作権法上の情報ネットワーク伝達（中国語：「信息网络传播」）は、有線または無線の方式によって公衆に著作物を提供し、公衆が個別に選択した時間および場所においてこれを入手できるようにする行為である。自動公衆送信と情報ネットワーク伝達は、いずれも著作権に関する世界知的所有権機関条約（以下「WCT」）と実演及びレコードに関する世界知的所有権機関条約（以下「WPPT」）に対応するために、国内法を改正する際に導入した支分権の1つであり、両条約の背後には通信技術の革新に対応し、インタラクティブな情報伝達行為を明文で規制する、という目的があった。自動公衆送信の権利も情報ネットワーク伝達権も著作権者に与えられた強力な権利であり、また、情報伝達技術の環境が激しく変化している中、インタラクティブ送信は、著作物の利用方法の中でも非常に重要な形態の1つだけではなく、将来的にはむしろ主流な利用方法となっていくとさえ推察できる。

しかしながら、自動公衆送信や情報ネットワーク伝達は、その実際に行われるときに、必ずしも個々の送信者との結びつきが強いわけではなく、むしろ通信技術に大きく依存しているゆえに、一体どの時点で、誰が送信行為を行ったかを判断することが困難で、場合によって受信者の行為のみによって送信が完了するように見えることもある。このような場合、個々の受信者からなる公衆の利益は、送信主体に関する法的判断に左右されることになる。その証左として、近年、注目されてきた自動公衆送信や情報ネットワーク伝達に関わる事件の多数は、「間接」侵害に該当するか否かという論点に集約している。このような類型の行為について従来の研究には主に以下2つの傾向があり、その1つは、著作権を絶対的な排他権と認識する伝統的な見方から、「間接」に自動公衆送信に関与した者であっても一定の要件を満たす場合に侵害者と認めるべきであるというものであり、もう1つは、個人の自由への配慮や新技術へのインセンティブなどの考慮要素から、単に個人の利用を容易にする行為を著作権侵害行為として捉えるべきではないというものである。もっとも、これらの研究の多くは、国内法を中心として、解釈論上の検討を行うものであるが、国内法規範の根源となる国際条約の締結過程ないしその具体的内容まで検討するものが少ないと言わざるを得ない。一方、司法実務に目を転じ、日本では「まねきTV」事件上告審判決は、私的利用を容易にするサービスについて、自動公衆送信行為に該当するということを理由に著作権侵害を認め、中国では「北京慈文訴海南网通」事件再審判決においては、自社のウェブサイトで著作権侵害のウェブサイトリンクを設置したインターネッ

ト・サービス・プロバイダー（以下「ISP」）が、そのリンク先のウェブサイトの経営者の情報を提供できなかったため、問題となったウェブサイトの経営者であると推定され、したがって著作権侵害責任を問われた。総じて見れば、著作権の権利範囲が新しい技術に関わることによって十分に明らかであると言えなくなった場合に、日中の司法実務はともに、著作権を拡張する方向で解釈をなしていると評することができる。言い換えれば、著作権は絶対的な排他権であるという伝統的な理解のもとで、明らかに侵害行為を直接に実施したわけではない事案においても、なんらかの方式で、著作物に関する一定の規模での利用をもたらした者が侵害者と認定される可能性が極めて高い。

こうした司法実務の共通傾向に対しては、日中における学説はやや異なる立場を見せている。日本では、解釈による著作権の範囲の不当な拡張に警戒しており、具体的な事件についても著作権者の請求を容認する判決に反対する立場が常に一角を占めている。これらの論説によると、著作権者の排他的利用権を重視する伝統的な著作権法の枠組みのもとでは、著作物の大量かつ頻繁的使用に莫大な寄与を果たした通信技術を過小視することになりかねず、著作物を安価に、簡便に利用したいという公衆からの要請も見逃しやすい。さらに、集合行為論¹からの示唆を受け、このような伝統的な枠組みの背後には、創作物を保護するという根強い伝統的な著作権法の目的のもとで、著作権者等の権利団体の利益、つまり既存の組織化されやすい利益が反映されやすいという立法過程に存在するバイアスがあるという問題が認識されつつある²。

一方、中国では、著作権者・通信技術・社会公衆の利益を衡量した著作権法制度が必要であると唱える利益衡量論がしばしば著作権法ないし知的財産法の総論を論じる際に示されるが、具体的な事件について検討することになると、やはり著作権を拡張する方向に働く論理が主流となっている。こんな中で、中国の著作権行政機関も、積極的にインターネットを経由する著作物の流通を監視・管理し、著作権侵害行為に対する取り締まりを強化するのみならず、著作権侵害を防止するための技術措置を採用するよう、クラウド・サービスなどのインターネット関連企業を指導している。

そもそも、日本法においては、著作権の多くの支分権と同様に、自動公衆送信という利用形態を含む公衆送信権が、国際条約が採用したアプローチを参照しつつ定められたものであり、また、中国においても、国際条約を実施するために、条文の構成こそ日本法と異なるものの、インターネットを通じて著作物を公衆に送信する行為が著作権法によって規制されている。

もっとも、日中の国内法のモデルとなった国際条約はそもそも、大手国際企業によるロビー活動を契機として成立したものであり、これによって条約に盛り込まれた権利範囲に

¹ マンサー・オルソン（依田博＝森脇俊雅訳）『集合行為論』（新装版・1996年）。

² 田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究 20号（2008）5～6頁。

関する内容は、伝統的な著作権の支分権に関するものとは異なり、必ずしも個人への影響を考慮した上で、国内の産業からの要請に応じてなされたものであるわけではない、ということが最近明らかになった。しかしながら、日本や中国において、国際条約の影響だけではなく、米国からの圧力や、知的財産の保護を国家戦略として進めているといった背景の下で、著作権保護はなお総体的に強化していく傾向にあると言わざるを得ない。

本来、世界中の情報の流通が大量かつ頻繁に行われているため、知的財産法は他の分野の法律よりも国際協調性を求めざるを得ない。特に著作権法において、インターネットを通じて著作物を利用することに関わる権利の範囲は、国境を越えて著作権者の権利、通信に関する事業を展開する主体の営業上の利益、個人の日常生活に影響を及ぼす。これもまた、著作権に関する国際条約が次々と締結され、更新される所以であり、デジタル時代における著作権の在り方が国際的学術研究において常に注目されるテーマとなっているわけでもある。

こうした現状を踏まえると、まず、司法上の解釈論によって立法過程におけるバイアスを矯正することが重要視されている³。その理由は、立法過程よりも、司法による法形成過程におけるほうが、具体的な事案に即してバイアスの影響を受けずに、より公正な解決方を導くことが期待できるからである。ただ、バイアスの矯正に関する議論は、未だ発展途上の段階にあり、また、およそ法解釈である以上、著作権法内部の条文のインテグリティ⁴に配慮する必要がある。そもそも、日本の著作権法上にはアメリカのようにフェア・ユースという一般的に著作権を制限する規定はなく、極めて具体的な場面において著作権を制限する条文しか存在しないため、解釈論による解決策として、支分権を狭く解釈すること、私的複製や引用などの著作権の制限条項を拡大解釈すること、権利濫用原則を用いて著作権の行使を制限することなどに止まる。

一方、中国の著作権法において、フェア・ユースほど柔軟性のある条文こそないものの、個人の学習、研究、鑑賞のための使用など、日本の著作権法に比べてより広い権利制限条項が定められており、その活用によって著作権の過度な拡張に歯止めをかけることが期待できる。にもかかわらず、中国の著作権法における支分権に関する規定には、「著作権者が享有すべきその他の権利」という一般条項（以下「その他条項」）があるため、逆に、

³ 田村善之「著作権法に対する司法解釈のありかた——美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材に——」法曹時報 63 巻 5 号（2011）1049～1050 頁。

⁴ ロナルド・ドゥウオーキン【著】小林公【翻訳】『法の帝国』（未来社・1995）160～161・340～363 頁、内田貴「探訪『法の帝国』—Ronald Dworkin、LAW'S EMPIRE と法解釈学—（一）」法学協会雑誌 105 巻 3 号（1988）233～235・246～253 頁、尾崎一郎「トートロジーとしての法（学）？—法のインテグリティと多元分散型統御—」新世代法政策学研究 3 号（2009）195～196 頁。

著作権範囲の拡張に操作性の良い道具を提供している。

さらに、司法解釈自体には限界があることも認めざるをえない。民主的に選ばれたわけでない裁判官によってなされる、民主的に制定された法律の目的から乖離する解釈は、その正統性について疑問を感じざるを得ない⁵。そこで、自動公衆送信に関する政策形成過程においていかなるバイアスが存在するのかを解明したうえで、解釈論によって矯正できる場面と、司法解釈の限界に鑑み、立法論を行う必要がある場面とを区分しなければならない。個別の事件の実質的判断を導き出すために、著作権法のインテグリティに相容れない解釈を行うことより、司法が謙抑的な姿勢をとり、具体的な立法論ないし法改正に期待するほうが法の安定性を維持するために有益であろう。バイアスを矯正するための司法解釈の前段階、つまり法律案の審議段階で著作権法の趣旨を見直すことができれば、バイアスを防ぐための根本的な解決策として望ましい。著作権はあくまで人工的に創設された排他権であるという事実と、通信技術の発展の方向や著作権は個人の自由を著しく制限するという効果が認識されている以上、そもそも自動公衆送信に関する規定によって画定される権利範囲は適切であるかについても、再検討する余地がある。

第2節 本稿の構成

本稿は、(1)日中比較研究の予備的考察として、両国の著作権法改正のきっかけとなった国際条約の背景と締結過程と、国際条約を実施するために導入された自動公衆送信と情報ネットワーク伝達に関する法規範とその立法過程を俯瞰し、(2)自動公衆送信と情報ネットワーク伝達に関する法規範について、「インタラクティブ」要件、「公衆」要件、「送信」要件との3要件を軸として日中の現状を分析する、という2つの補助的目標の達成を経て、(3)自動公衆送信と情報ネットワーク伝達に関する法制度について、WIPO 国際条約の正式な文言、合意声明、ひいてはその締結過程における検討経過が如何なる影響を及ぼしているのかを解析し、自動公衆送信の系譜を辿り着く解釈論の機能と限界を指摘する。最終的に、解釈論と立法論の境界線を引き、立法論を展開するために新しい利益配分モデルの導入が必要であることを提示する。以下、段階ごとに敷衍する。

まず、国内法を検討する前提として、自動公衆送信と情報ネットワーク伝達のモデルとなった WCT と WPPT 両条約が定めている「公衆への伝達」と「インタラクティブ送信」の意義とその背景を整理し、また、両条約がその実施について各加盟国に対して要求する具体的な措置を分析する。そして、日中の著作権法は国際条約の規範の内容とその実施のための措置を如何に理解し、最終的に如何なるアプローチを通じて導入したかを検討する。

⁵ 田村善之「著作権法に対する司法解釈のありかた——美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材に——」法曹時報 63 卷 5 号 (2011) 1051 頁。

前記の作業を通じて、自動公衆送信と情報ネットワーク伝達に関する法規範の政策形成過程におけるバイアスの存在を確認し、その内容（①国際条約の締結の歴史から引き継ぐものと、②国内法の改正の過程において生じるもの）を解明する。

次に、自動公衆送信と情報ネットワーク伝達に共通する3つの要件、すなわちインタラクティブ要件、公衆要件、送信要件を3本の軸として、判例・学説を網羅的に分析・整理することを通じて、自動公衆送信と情報ネットワーク伝達に関する法規範が司法実務において適用する現状を解明し、通信技術の発展と個人の自由に関わる問題点を摘出する。そこで、比較研究を行う際に、現行法のインテグリティとの関係に留意し、日中における特殊な事情に十分な配慮を払う。

要するに、本稿は、著作権者と個人、著作権と通信技術の間の緊張関係が深刻化している日本著作権法と、日本のような著作権に関する伝統的な見方が支配地位になかった中国の現状と傾向について、比較研究を行うことによって得られた成果をもとに、WIPO条約から引き継いだバイアスを解析することで、いわゆる立法趣旨や立法目的に基づく解釈論は実際に著作権者に包括的な権利を与える機能を有することを証明する。これによって、解釈論の限界や積極的に立法論を展開し、著作権者、通信技術、個人との三者の利益関係のバランスに配慮した新たな利益配分モデルを探る必要があることを提示する。

第1章 自動公衆送信に関する予備的な考察

すでに言及した通り、「自動公衆送信」はあくまで日本法上の概念にすぎず、中国法における「情報ネットワーク伝達」と同様に、デジタル・ネットワークを経由して著作物を伝達する行為を規制する WCT や WPPT の関係規定を実施するために、著作権法に導入した概念である。本章は、予備的な考察として、WCT や WPPT における関係規定の制定過程を分析した上で、日中において国際条約の内容がそれぞれ如何に読み取られ、如何なるアプローチによって国内法に導入されたかを解明する。

第1節 国際条約

I WCT と WPPT 両条約の締結の背景

WCT と WPPT が締結する前に、著作権と著作隣接権に関する国際条約は主に文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約（以下「ベルヌ条約」）、実演家、レコード製作者及び放送機関の保護に関する国際条約（以下「ローマ条約」）などがあった。このうち、ベルヌ条約は、1886 年の締結当初に内国民待遇などの著作権制度の基本原則と著作物の発表後 10 年間の翻訳権等の極めて限られた権利しか定めていなかったが、その後、数回の改正を経て、1971 年バリ改正会議後、著作権制度の基本原則や幾つかの重要な支分権ないし権利の制限を定めている条約となり、多くの国内法のモデルとなった。

ベルヌ条約の 1971 年改正から WCT と WPPT 両条約が締結するまで、世界知的所有権機関（以下「WIPO」）の主導の下で新たな国際条約が締結されることはなかった⁶。代わりに、その間の技術の発展によって現れた著作権および著作隣接権領域の法的問題について、WIPO は、様々な専門家機構（専門家委員会、ワークショップなど）を立ち上げて討論会などを開き、時には「万国著作権条約」（以下「UCC」）の管理機構である国際連合教育科学文化機関（以下「UNESCO」）とともに専門家機構を設立し、合同会議を行うことによって、その会議記録や報告ないし提案などを公表することによって同盟国の国内立法に影響を及ぼす、という「指導的発展」（guided development）方針を採っていた⁷。

⁶ その原因は、①ベルヌ条約の加盟国に途上国の数が増えることにつれて全会一致が必要となる条約改正が困難になったことと、②先進国にとって、ベルヌ条約の枠組みの下では権利のエンフォースメントが不十分であったことにあると言われる。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 (2) ——厳格解釈から柔軟な解釈へ——」知的財産法政策学研究 27 号（2010）150 頁を参照。

⁷ Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet* (Oxford University Press, 2002), pp. 3-14.

特に、1980年代末から1990年代初にかけて、WIPOはその年次計画において、著作権領域における模範条項ないし模範法を制定するという目標を掲げた。さらに、最終的に国際条約を締結する可能性が高ければ、模範条項または模範法ではなく国際条約の草案という形で新しい規範を創設することも視野に入れていた⁸。もっとも、結果的に、1990年4月に、著作権法に関するほぼすべての問題について規範を定める模範法が作成されたが、公表に至ることはなかった⁹。

1990年代初頭、前述した模範条項や模範法の制定を端緒に、WIPOは「指導的発展」段階から積極的に国際条約の制定に携わることに転向する。このような転向の背景にも、著作物の伝達技術の発展の影響が見られる。前述した通り、「指導的発展」段階では新技術への対応として、会議報告等の様々な資料を通じて各国に提案を行っていたが、これらの提案に拘束力がないため、各国の国内法の改正は結局のところ自由に行い得ることになる。こうすると、1990年代初頭になり、各国の著作権法の間に存在する相違点が徐々に保護を受ける著作物や支分権の内容などのような著作権制度の核心的領域まで拡大してきた¹⁰。

もう1つの背景として、関税及び貿易に関する一般協定（以下「GATT」）のウルグアイ・ラウンドは1986年に始動する当初から、海賊品対策を含む貿易に関する知的財産権をテーマの1つとしていた。とりわけ1988～1989年の中期会議後、ウルグアイ・ラウンドの職権範囲は広く解釈され、知的財産権に関するほぼすべての実質的問題を扱うことができるようになる。のみならず、法の執行と紛争解決メカニズムもウルグアイ・ラウンドの重要な課題であるため、WIPOが管理するベルヌ条約等の国際条約と異なり、ウルグアイ・ラウンドによって締結される協定は「歯」のある国際規範¹¹になる可能性が極めて高い。そこで、知的財産法の領域における自らの影響力を維持するためにも、WIPOはその1990～

⁸ Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet* (Oxford University Press, 2002), p. 12.

⁹ Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet* (Oxford University Press, 2002), p. 12によると、この模範法が公表されなかった理由は、WCTとWPPTの締結のための準備がすでに始まっており、この段階で模範法を公表することは不適切であると言われるからである。

¹⁰ Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet* (Oxford University Press, 2002), p. 14.

¹¹ Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet* (Oxford University Press, 2002), p. 14によると、WIPOが管理する国際条約をめぐって国際紛争が生じた場合、唯一の解決策は国際裁判所による判断を仰ぐことであるが、この方法の有効的な紛争解決メカニズムではなく、一度も利用されたことがない。そのため、WIPOが管理する国際条約は「歯」のない国際条約と呼ばれることがある。

1991 年度計画において、ベルヌ条約に関する議定書を新たに制定することを目標として掲げたのではないかと推測される¹²。

II WCT と WPPT 両条約の締結過程

1. 初期段階

WCT と WPPT 両条約の締結のための会合が正式に始まったのは、知的所有権の貿易関連の側面に関する協定（以下「TRIPs 協定」）の交渉が、その最初の草案¹³から意見の対立が激しい議題が削除されたブルッセル草案に基づいて進行する最中であった。したがって、TRIPs 協定に不慮に妨げないように、ベルヌ条約に関する可能な議定書専門家委員会（以下「ベルヌ議定書委員会」）はその前 2 回の会議において議論すべきテーマを決定することのみに止まった。また、多くの代表団の意見により、実演家やレコード製作者の保護については著作権保護のためのベルヌ議定書ではなく、新しい議定書によって規定することとなる。後者のために、ベルヌ議定書委員会とは別に、実演家とレコード製作者の権利の保護に関する可能な議定書専門家委員会（以下「新文書委員会」）も設置する。そこで、この 2 つの並行する委員会の下で、後の WCT と WPPT 両条約の締結作業を進めていくことになった。

もっとも、新しい国際規範を制定することを目指し始めた WIPO は最初に、そのための会合のやり方について「指導的発展」段階と同じような形を採用していた。すなわち、各加盟国に予め意見を求めることなく、WIPO 国際局だけでワーキングペーパーを用意し、これに基づいて委員会などの会議で議論を行い、そこで得られた結果に基づいて WIPO 国際局に修正の提案をする、といったプロセスの繰り返しである¹⁴。しかしながら、1992 年以

¹² 同じ見解として、Haochen Sun, *Overcoming the Achilles Heel of Copyright Law*, 5 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 265, 276 (2007)、西村もも子「デジタル化時代における国際著作権制度の形成過程（1）——WIPO 著作権条約の制定と欧米企業のロビー活動——」知的財産法政策学研究 34 号（2011）213 頁、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（5）——厳格解釈から柔軟な解釈へ——」知的財産法政策学研究 36 号（2011）98 頁がある。なお、西村もも子「デジタル化時代における国際著作権制度の形成過程（1）——WIPO 著作権条約の制定と欧米企業のロビー活動——」知的財産法政策学研究 34 号（2011）213 頁注 32 によると、ウルグアイ・ラウンドの交渉では、「著作権保護のあり方については WIPO で議論するという了解が成立していた」。

¹³ この最初の草案は 1990 年 6 月に、当時の GATT の議長である Lars Anell 氏が用意したため、Anell 草案または議長草案と呼ばれている。

¹⁴ Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet* (Oxford University Press, 2002), p. 22.

降になると、WIPO は、加盟国の代表団の要請を受け、新たな国際規範の制定にあたって事前に加盟国の意見を求めるようにした。その背後には、TRIPs 協定の交渉過程において、知的財産権に関するほぼすべての議題を含む最初の草案から、意見の相違が大きい議題が次々と削除されるという事実があったことも考えられよう。GATT の枠組みの下での交渉では、知的財産権を 1 つの独立したテーマとして議論することが困難である一方、交渉の成果となる協定も「歯」のあるものとなるため、合意に至ることが難しい議題を見送ることは、最終的な協定の成立にとって最も効率的であって必要的でもあると思われる。そこで、相互の法制度の相違を実感した各国は、WIPO の主導によって新しい国際条約が締結する可能性があることに直面すると、自国の利益のためにより積極的に条約の締結過程に関与しようとしたのではないかと推測される。

2. 各加盟国による研究

各加盟国の意見を求めた成果として、①日本の「著作権審議会マルチメディア小委員会ワーキング・グループ検討経過報告——マルチメディアに係る制度上の問題について」（以下「マルチメディア検討経過報告」）、②アメリカの「知的財産と全米情報基盤——知的財産権ワーキング・グループ報告書草案」（Intellectual Property and the National Information Infrastructure: A Preliminary Draft of the Report of the Working group on Intellectual Property Rights、以下「アメリカ・グリーン・ペーパー」）とその修正版である「知的財産と全米情報基盤——知的財産権ワーキング・グループ報告書」（Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working group on Intellectual Property Rights、以下「アメリカ・ホワイト・ペーパー」）、③欧州共同体の「情報社会における著作権と隣接権グリーン・ペーパー」（Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society、以下「欧州共同体グリーン・ペーパー」）とその続編である「情報社会における著作権と隣接権グリーン・ペーパー続編」（Follow-up to the Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society、以下「欧州共同体グリーン・ペーパー続編」）がある。

上記に挙げられた日本、アメリカ、欧州共同体の報告書等はそれぞれ新しい通信技術をもたらす著作権法上の論点について検討を行っており、WCT と WPPT 両条約の締結過程において重要な役割を果たしたため、以下、これらの報告書の中に、自動公衆送信行為に係る内容を整理しておく。

（1）日本のマルチメディア検討経過報告

「マルチメディア検討経過報告」の前座として、1993 年 11 月に、著作権審議会マルチメディア小委員会は「マルチメディア・ソフトの素材として利用される著作物に係る権利処理を中心として」を題とする第一次報告書を公表した。同報告書は、当時にまだ盛んに

使用されていた用語である「マルチメディア」¹⁵を中心として、それに関わる著作権法上の諸問題について検討を行った。もっとも、この第一次報告書が発表した時点では、マルチメディア小委員会が発足して1年余りしか経っていないため、その主な内容は、著作権法制度に対して具体的な提案を行うのではなく、マルチメディアに関する著作権法上の問題をまとめたものにすぎない。結論として、マルチメディアという新たな情報伝達技術が、著作物性の判断のあり方、権利の帰属、著作隣接権制度の見直し、私的複製等の権利制限等に対して如何なる影響をもたらすか、また、これらの影響に如何に対応すべきかについてさらなる検討が必要となるが、報告書の作成当時においては、将来の「技術の発展の動向を見定めつつ、ある程度時間をかけて検討する必要がある」というのである。また、その当面に対応する可能性があるものとして、権利処理のあり方について、すべての分野の著作権に関する権利所在情報を統合して利用者に提供する「著作権権利情報集中機構」の設立や、各分野における権利の集中管理体制の整備など幾つかの提案を行った。

第一次報告書からさらに1年余りの検討を経た1995年2月に、「マルチメディア検討経過報告」が発表された。同報告書は、マルチメディアにかかる著作権法制度上の具体的な各問題について、現状・問題の所在・国際的動向（主にアメリカ・欧州・オーストラリア・WIPOの動向）・考えられる対応例・考察といった構成を採用して、順次に検討を行った。同報告書の性格上、諸問題について「確定的な結論を出すのではなく」、「考え方を提示する」だけに止まった。そこで、後に著作権法に導入される「自動公衆送信」に関わる論点（報告書では主に「放送・送信に関する権利」という項目においてまとめている）について、同報告書は以下のように検討している。

まず、報告書当時の著作権法の現状において、放送・送信に関する権利には無線通信に適用する「放送」と有線電気通信に適用する「有線送信」という2種類の権利がある。もっとも、衛星通信技術とインタラクティブな送信技術の発達によって無線と有線の区別の意義が薄れてきたという意見を受けて、また、①ベルヌ条約における公の伝達権に有線と無線の区別がないこと、②ベルヌ議定書の専門家会合においてデジタル方式のオン・デマンド送信のあり方が議論されているものの、その方向性がいまだ明らかでないこと、③ア

¹⁵ 同報告において、マルチメディアを定義こそしていないものの、その特徴を、「文字、音声、静止画、動画などの多様な表現形態の情報を統合した伝達媒体又はその利用手段で、単なる受動的利用ではなく使用者の自由意思で情報の選択、加工、編集等ができる双方向性を備えたもの（インタラクティブなもの）」とまとめている。この他、マルチメディア小委員会当時のメンバーであった中山信弘氏は後の著作において、マルチメディアを「文字、音、静止画、動画等の多様な表現形態を、デジタル技術を用いて統合した伝達媒体またはその利用手段で、インタラクティブ（双方向的あるいは対話的）に操作できる環境」と定義している（中山信弘『マルチメディアと著作権』（岩波書店・1996）82頁）。

アメリカやオーストラリアにおいて、現行法を改正することで著作権の範囲を拡大する動向があることを踏まえた上で、以下の対応例を提示した。すなわち、①『放送』の定義を改めて、無線の場合についても有線と同様に上位概念としての『送信』を設け、同時受信を目的とする送信を『放送』とするとともに、……放送権を『送信権』に改める」と、②「無線・有線の別や同時受信・異時受信の別を問わず、公衆によって直接受信される目的とする電気通信による伝達を『送信』と定義し、……放送権及び有線送信権を『送信権』に改める」ことである。また、同報告は、法改正を行わなくても、当時の著作権法に基づき、オン・デマンド送信行為に放送権または有線送信権が及ぶと解することができるつつも、当時の現行法が制定された時点に無線によるオン・デマンド送信が想定されていなかったため、権利範囲をより明確にするために、上記のような対応が必要であるという多数意見を紹介している。

一方、実演家・レコード製作者の経済的な権利について、同報告書は、実演またはレコードの放送・送信に関する現行法制度を見直す必要があるという意見を紹介した上で、幾つかの対応例を示した。具体的には、①放送・送信行為一般について二次使用料請求権を与え、②デジタル方式のオン・デマンド送信について許諾権を、その他の放送・送信について二次使用料請求権を与え、③デジタル方式の放送・送信について許諾権を、その他の放送・送信について二次使用料請求権を与え、④放送・送信行為一般について許諾権を与える、との4つのアプローチである。このうちの②と③について、送信の手段によって異なる性質の権利を規定する案になっているが、その正当性についてなお慎重な検討が必要である。

また、興味深いことに、同報告書は、放送事業者と有線放送事業者に著作隣接権を与えることに同様に、オン・デマンド送信を業とする者にも著作隣接権を与えるべきであるという意見をも紹介している。このような意見に基づいて考えられた対応例を示す際に初めて、「公衆の求めに応じ」という表現が使用された。

(2) アメリカ・グリーン・ペーパーとアメリカ・ホワイト・ペーパー

この2つの報告書はいずれも、1993年2月に設立されたアメリカ情報基盤タスク・フォース（Information Infrastructure Task Force）が管轄する情報政策委員会に属する知的財産権ワーキング・グループによって作成されたものである。情報基盤タスク・フォースは、アメリカ政府が全米情報基盤（National Information Infrastructure）を構築するために必要な視点や意見を提供するために設立された組織であり、その管轄の下の情報政策委員会は、全米情報基盤を構築して活用するために解決しなければならない情報政策上の問題を検討するものである。そのため、情報政策委員会の下に置かれる知的財産権ワーキング・グループにおいて行われる検討は、知的財産法制度自体のあり方より、日進月歩の情報伝達技術を念頭に置きながら、アメリカの情報産業を如何に発展させるかという

ことをその出発点としている。また、情報産業の発展にとって、著作権者がコンテンツを提供する際に取引の条件を決定できることと一般の公衆が平等かつ合理的な条件に基づいてコンテンツを利用できることは、同等に重要であるとしつつも、全米情報基盤の構築に最も核心的なものはコンテンツである、としている。

そこで、1994年7月に公表されたアメリカ・グリーン・ペーパーは、デジタル伝達技術の発展によって著作権法における「実演」、「送信」、「頒布」等の定義が十分に明確と言えなくなったため、それらの定義について修正を提言した。

具体的には、①現行法 106 条に例示した幾つかの頒布の方法に「送信」(transmission)を加え、101 条が定める「送信」(transmit)の定義において「複製物、実演、展示は送信によって行われることができる」ということを明確化する。②現行法 101 条が定める「送信」の定義を、「実演や展示を『送信する』とは、映像または音声を発信する地点から離れた場所で受信する何らかの装置またはプロセスによって、実演や展示を伝達することをいう。複製物を『送信する』ことは、著作物のコピーまたはレコードが発信する地点から離れた場所で固定される何らかの装置またはプロセスによって複製物を頒布することをいう」、に変更する。

グリーン・ペーパーの発表後、ワーキング・グループはヒアリングを行い、また、著作権者、技術産業関係者、学者、一般の公衆から広く意見を求めた。その結果、1995年9月に、報告書の確定版としてホワイト・ペーパーが公表された。ホワイト・ペーパーは、グリーン・ペーパーと異なる構成を採用しているものの、少なくとも著作権制度に対する提言の内容には大きな変化が見られない。要するに、デジタル技術を念頭に置く「送信」が、著作権法における「複製」、「頒布」、「公の実演」、「公の展示」の1手段であることを、定義規定や権利の内容規定に対する改正によって明確にすることである。ホワイト・ペーパーは、このような法改正が新たな権利を創設すること、現行法上の権利の範囲を拡大あるいは縮小することもない、ということを繰り返して強調している。もっとも、なお法改正を行うべき理由について、現に異なる意見が存在する以上、訴訟によってより明白な法解釈を得るという解決策には、大きなコストやリスクがあり、かつ時間が必要となるため、全米情報基盤の利活用を妨げることになりかねないからである、と説明している。

また、著作権法制度の国際的調和を検討する際に、ホワイト・ペーパーは、新たに締結されるベルヌ議定書と新文書が送信による著作物の頒布行為に関する権利を定めなければならないが、この種の行為を頒布権あるいは公衆への伝達権もしくは複製権のうちのいずれの権利によって規制すべきかについて更なる議論が必要であると述べている¹⁶。

¹⁶ Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working group on Intellectual Property Rights, 150.

（３）欧州共同体グリーン・ペーパーと欧州共同体グリーン・ペーパー続編

欧州共同体のこの２つの報告書も、上記のアメリカの２つの報告書と同じように、情報社会の発展、ヨーロッパ範囲内ないしグローバルな情報基盤の構築という大きな背景の下に、知的財産権の保護を「規制システムの根本的な部分」¹⁷と考える立場から、デジタル通信技術に対応するために如何なる法的調和が必要となるかを検討したものである。

まず、1995年７月に公表されたグリーン・ペーパーは、その第１章において、①知的財産権の保護が欧州共同体範囲内における商品や役務の自由の流通にとって重要であり、かつ、文化・経済・社会政策上において重要な役割を有すること、②情報社会における知的財産権の保護のあり方に関する国際社会の議論が活発していること、③欧州共同体においてかねてから新技術の発展と知的財産権の保護の関係について議論が重なってきたことなどに鑑み、欧州共同体レベルの新たな法的調和が必要であると述べている。また、このような調和を行うのにあたって、新しい種類のまたは国境を越えたサービスや、新しい市場構造によって生じる挑戦に直面しなければならず、欧州共同体の各加盟国における現行著作権法上の概念や原則等を見直す必要があると指摘している。

グリーン・ペーパーの第２章は、準拠法・権利の消尽・並行輸入といった一般的な問題、複製権・公衆への伝達権・デジタル配信または送信権等の特別な問題、権利の経済的利用に関する問題についてセクションを分けて検討を行っている。この中で、インターネット技術を用いた利用行為については、「デジタル配信または送信権」(digital dissemination or transmission right) を題とする第Ⅴ節の中で独立した問題として検討がなされている。というのも、デジタル配信または送信行為は、ベルヌ条約における「公衆への伝達」に該当するように見えるが、同条約が想定している利用方式には個人のグループに属する特定の者による利用が含まれておらず、また、ローマ条約が無線による伝統的放送しかカバーしないからである。そこで、グリーン・ペーパーは、貸与権と貸出権がデジタル配信または送信行為を規制するに適していると考えた。

欧州共同体の「貸与権及び貸出権並びに知的財産権分野における著作権に関連する特定

¹⁷ *European Commission Green Paper of 27 July 1995 on Copyright and Related Rights in the Information Society*, COM(95) 382 final, p6 によると、この考え方は、欧州委員会が1994年に公表した発展、競争と雇用に関するホワイト・ペーパー続編に提示されたものである。同ホワイト・ペーパー続編は、知的財産法制度について具体的提案を行っていないが、「知的財産権の保護はグローバル化とマルチメディアの新しい挑戦に対応しなければならず、欧州および国際的レベルにおいて高い優先度を持ち続けるべきである」と指摘している。*Growth, Competitiveness and Employment: White Paper Follow-up; Report on Europe and the Global Information Society*, Bulletin of the European Union, Supplement 2/94, p21 を参照。

の権利に関する 1992 年 11 月 19 日の指令」(Council Directive 92/100/EEC of 19 November 1992 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property、以下「EC 貸与権指令」)は、貸与 (rental) と貸出 (lending) についてそれぞれ、限定的な期間において、直接または間接的な経済または商業的利益を目的として利用を可能にする (making available of use) ことと、公衆がアクセスできる (accessible to the public) 施設を通して、限定的な期間において、直接または間接的な経済または商業的利益を目的とせず、利用を可能にする (making available of use) ことと定義している。

しかしながら、1996 年 11 月に公表されたグリーン・ペーパー続編は、グリーン・ペーパーと全く異なる立場を採用した。同報告によると、デジタル・オン・デマンド送信は EC 貸与権指令にいう「貸与」に当てはまるが、多くの加盟国はこのような解釈を共にしない。多くの加盟国は、デジタル・オン・デマンド送信に対し、その具体的条件についてなお議論を要するが、公衆への伝達権を広く解釈することによって規制すべきであると考えている。もっとも、グリーン・ペーパー続編は、オン・デマンド送信について、「デジタル形式で保存されている著作物または他の客体が公衆または公衆の一員にとって利用可能 (is made available to the public or individual members of it) であり、彼らが個別な時期と場所においてそれにアクセスまたはその送信を要求することができるという事実をその特徴とする」と説明している。この説明は、依然として EC 貸与権指令における貸与と貸出の定義を参照していることが明らかであろう。

(4) 小括

以上、WCT と WPPT 両条約の締結過程における主要な各加盟国の提案の元となった報告書を俯瞰してきた。これらの報告書の共通点は、いずれも権利者、伝達者、利用者の利益を衡量してバランスの取れた法制度が必要であることに言及しているにもかかわらず、図書館等における複製といった極めて限られた場合の自由利用を確保する以外、その具体的な提案のほとんどが、権利の範囲を網羅的に規定し、または著作権の範囲を制限するような法解釈の可能性を狭い範囲内に限定するようなものとなっている、というところである¹⁸。

¹⁸ 各政府の提案の背景として、国際基準の形成段階の状況を紹介するものは、西村もも子「デジタル化時代における国際著作権制度の形成過程 (2・完)——WIPO 著作権条約の制定と欧米企業のロビー活動——」知的財産法政策学研究 35 号 (2011) 177～181 頁がある。もっとも、同論文によると、著作隣接権や自動公衆送信に関する政府側の基準案の内容について、アメリカと EC の間に対立が見られたものの、企業側による自国政府への反対はなかった。

3. 交渉前段階——ブレインストーミング会議

各加盟国による検討が進行すると同時に、WIPO は、1993 年から 1995 年にかけて、ハーバード大学、ルーヴル、メキシコシティでシンポジウム、ナポリでワールド・フォーラムを開催し、デジタル技術がもたらす著作権法上の問題を検討した。このうち、ハーバード大学とルーヴルで開催されたシンポジウムには主に研究者と権利者団体の代表が参加しており、その論点のほとんどがデジタル時代に対応するために著作権の範囲を如何に見直すべきかに関するものである。たとえば、ハーバード大学シンポジウムにおいて、マックス・プランク外国と国際特許・著作権・競争法研究所（Max-Planck-Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law、以下「マックス・プランク研究所」）の部局長である Thomas Dreier 氏は、ハーバード大学シンポジウムにおいて、デジタル時代が著作権制度に与える哲学的、実務的影響について報告を行った。もっとも、同報告において、Dreier 氏は、著作権者の権利をより確実に保護するために、著作物・複製などの著作権法上の概念の拡張や、著作物をパソコン画面に表示するという受信者の視聴行為まで規制する「展示権」（display-right）の正当性について具体的に論じているに対して、著作権の制限については一時的複製やバックアップのための複製など既存の制限に言及するに止まっている¹⁹。実際、Dreier 氏の報告に限らず、その他の報告にも同じような傾向が見られる。これは、シンポジウムの参加者の身分に鑑みて当然な結果であると言える。権利者団体はもちろん、当時の研究も権利者の利益が情報伝達技術の発展によって安易に侵食されないという趣旨に基づいて展開されているように見受けられる。

1995 年 5 月にメキシコシティで開催されたシンポジウムには、研究者や権利者団体の代表のみならず、WIPO ベルヌ議定書委員会と新文書委員会のメンバーであるアメリカ、欧州共同体、日本代表団の団長 3 人も参加し、それぞれの国または地域の研究成果²⁰について報告を行った。さらに、当時の WIPO の事務局次長である Ficsor 氏はオン・デマンド送信に対する規制に関する各加盟国の法制度を調和するための「傘形解決策」（後述）を提案

¹⁹ Thomas Dreier, *Copyright Digitized: Philosophical Impacts and Practical Implications for Information Exchange in Digital Networks*, WIPO Publication No. 723(e) (1993), pp. 187-211.

²⁰ これらの研究成果の内容は、前述したグリーン・ペーパーやマルチメディア検討経過報告などに基づくものである。なお、メキシコシティのシンポジウムの開催された 1995 年 5 月という時点に、欧州共同体のグリーン・ペーパーはまだ公表していなかったが、結果的に見ると、欧州委員会代表団団長である Paul Vandoren 氏の報告はその 2 ヶ月後に公表されるグリーン・ペーパーとほぼ同じような内容となっていた。Paul Vandoren, *Copyright and Related Rights in the Information Society*, WIPO Publication No. 746(es) (1995), pp. 83-104 を参照。

した²¹²²。

そして、1995 年 10 月にナポリで開催されたワールド・フォーラムにおいて、政府代表団によって構成される「国内と国際の規範設定」という第 1 グループ²³、国際的非政府組織の専門家によって構成される「権利の執行と行使」という第 2 グループ、「グローバル情報基盤における国際私法の問題」という第 3 グループはそれぞれのテーマについて議論を行った。フォーラムの最後に、Ficsor 氏は、新条約のための国内や地域内の研究、開放的なフォーラム、委員会における議論と交渉といった準備作業が、互いに密接に協力しており、十分に豊かな成果を得ている、と会議の議論をまとめ²⁴、前述のメキシコシティのシンポジウムに続き、再び「傘形解決策」に言及し、その具体的な内容を説明した²⁵。

4. 交渉段階

ベルヌ議定書委員会と新文書委員会は、条約締結のための外交会議に向け、それぞれ単独で数回の会議を行った後、1995 年 9 月から 1996 年 5 月までの間に 3 回の合同会議を開いた。

両委員会の単独会議の段階における議論は、インタラクティブな送信行為より以前の問題、すなわちデジタル環境における複製権、頒布権、貸与権を一般的に認めるべきか否かという大きな問題に集中して行われていた。また、送信系の権利に関して言えば、ベルヌ議定書委員会の単独会議において、放送の判断基準地について検討がなされていたものの、各代表団の意見の相違があまりに大きかったため、この問題を見送ることが決定された。一方、新文書委員会の単独会議においては、①公衆への伝達権を著作権隣接権者に与えるべきか否か、②デジタル技術によるオン・デマンド送信行為に関しても専有権を創設すべきか否か、③公衆への伝達権（デジタル方式による送信の権利を含む）を規定する場合、国内法によってそれを専有権ではなく報酬請求権に限定することができるか否かについて

²¹ Mihaly Ficsor, *International Harmonization of Copyright and Neighboring rights, WIPO Worldwide Symposium on Copyright in Global Information Infrastructure: Mexico City, May 22 to 24, 1995*, p376.

²² なお、同氏によると、1995 年 1 月に開催された世界複製権機構（IFRRO）の会議での報告において、すでに「傘形解決策」のアウトラインを紹介した。Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet* (Oxford University Press, 2002), p204.

²³ このグループに中国政府（代表：沈仁干氏）はオブザーバーとして参加した。

²⁴ Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet* (Oxford University Press, 2002), p. 32.

²⁵ Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet* (Oxford University Press, 2002), p. 206-209.

て、各代表団の見解が激しく対立していた。

(1) 第1回合同会議²⁶

いわゆるインタラクティブな送信行為に関する議論が本格的に開始したのは、両委員会による合同会議からである。第1回の合同会議において、アメリカ代表団は、その事前に提出した提案²⁷においてベルヌ議定書と新文書のいずれもデジタル頒布権の承認が必要であるとしつつ、正式な会議においては、「デジタル頒布権は、著作権者がデジタル世界における彼らの著作物のあらゆる利用形態をコントロールする能力を保証であるが、国際的レベルから見ると、重要なのはその法的特徴ではなく、かかる行為を適切な排他権によって規制することである」と発言している。この提案について、イギリス代表団は、一連の送信行為の結末に何かが生じたかに関係なく、送信行為自体に注目することを高く評価している。

一方、欧州委員会代表団は、ベルヌ議定書に関して、コンピューター・プログラムやデータベースの保護やすべての類型に適用する頒布権などについて条約の文言の形で提案を示したが、「新しい技術が著作権にもたらし得る影響」について具体的な提案を控えている。なお、提案に関する書類を準備する段階で、欧州共同体のグリーン・ペーパーはまだ未公表であったため、当該提案においてグリーン・ペーパーの公表が会議での議論に貢献することができると付言した。これに対し、新文書に関して、欧州委員会代表団はレコードの実演家と製作者の経済的権利について直接または間接的複製権、利用可能化権（頒布権）、貸与権、公衆伝達権など広い権利が含まれる条文を提案している²⁸。

第1回の合同会議において、デジタル送信について明確かつ具体的な提案を示したのはオーストラリア代表団である。同代表団は、条約の文言の形で「有線送信権」の導入を提案した。すなわち、著作権者は「その著作物について有線を経由するあらゆる公衆伝達を許諾する権利を専有する」というのである²⁹。その提案のコメントにおいて、オーストラリア代表団は、権利範囲の広い送信権の創設というオーストラリア政府が設立した著作権集中グループの提言³⁰が、すでに政府側に受け入れられたことも紹介した。同提言において、

²⁶ WIPO document BCP/CE/V/9-INR/CE/IV/8(1995.9.12).

²⁷ WIPO document BCP/CE/V/3(1995.7.25).

²⁸ WIPO document BCP/CE/V/3(1995.7.25).

²⁹ WIPO document BCP/CE/V/3(1995.7.25)を参照。もっとも、オーストラリア代表団は、その提案に使用される文言が国際会議の交渉過程において修正する必要があるという可能性も考えられると付言した。

³⁰ Highways to Change: Copyright in the New Communications Environment / Report of the Copyright Convergence Group, 1994.

著作権集中グループは、WIPO 主催の国際会議における議論に鑑みた上で、新しい「送信権」を画像や音声を無形的あらゆる手段で公衆に送信する行為を規制し、かつ、技術的中立でなければならないと特徴付けている³¹。これらの特徴について、オーストラリア代表団は合同会議においても、「すべての種類の送信」、「すべての種類の著作物」、「有線か無線の手段を問わず」などと説明している。

興味深いことに、日本代表団はこの会議においてオーストラリア代表団の提案を支持する立場を表明している。その理由は、有線送信権の創設はグローバル・ネットワーク環境における著作権を最も簡単かつ効率的に保護する方法であるからである。さらに、日本代表団は、当時の日本の著作権法における送信系の権利がすでに無線送信と有線送信、アナログ送信とデジタル送信、オン・デマンド送信と一斉送信を網羅しているため、敢えて有線送信をデジタル送信に限定する必要も、頒布権を修正してまで無形的または電子的送信行為をカバーする必要もないと強調している。

もっとも、結果的に見ると、デジタル送信行為の規制について何らかの合意が達成されたわけではなく、この会議は、交渉というより、まず各代表団に各自の初歩的な考えを示す段階にすぎないと言える。

（２）第２回合同会議³²

この会議において、インタラクティブな送信行為の法的性質について各代表団はより明確に各自の提案を説明する。

たとえば、日本代表団は、公衆送信権の提案がベルヌ条約における放送や公衆への伝達の概念に一部重複していることを認めつつ、基本的に「傘形解決策」に賛成する立場を表明している。他方、公衆への伝達という権利を全種類の著作物まで拡張して適用するために、更なる慎重な研究が必要であることに言及している。

欧州委員会代表団は、デジタル送信問題について、新しい権利を創設するアプローチと既存の権利を明確化するアプローチがいずれもあり得る選択肢である一方、アプローチの選択より、まず決定すべきなのが如何なるタイプの行為を規制するかということであると強調している。そして、このことを考える際に、特定の技術を基準とするのではなく、行為の性質や著作物の経済的利用への影響に基づいて判断すべきである。この他、オン・デマンド、インタラクティブ、公衆などの概念や、権利の制限規定について更なる検証または調和が必要となることにも言及している。

オーストラリア代表団は、一貫して明確に立場を表明している。すなわち、オーストラ

³¹ Highways to Change: Copyright in the New Communications Environment / Report of the Copyright Convergence Group, pp.25-26, 1994.

³² WIPO document BCP/CE/VI/16-INR/CE/V/14(1996.2.9).

リアの著作権法は頒布権を定めていないため、デジタル送信行為を規制するために、公衆への伝達権の内容を拡張することが望ましい。また、受信者の端末で著作物の複製物が作成されたか否かに関係なく、公衆への送信という行為自体を捉えるほうがより明白で簡単である。

イギリス代表团は、頒布権を依然として物理的な複製物に限定すべきであり、デジタル送信行為について、公衆への伝達という概念に取り入れ、かつ、伝統的複製や放送と明白に区別すべきであるとしつつ、新しい技術による送信を含むあらゆる形態の頒布や送信を権利範囲内に定めることさえすれば、公衆概念の見直しなど、如何に具体的に規範を制定するという問題を各国の国内法に任せれば良いと提案している。

アメリカ代表团は改めて頒布権を最適な候補として挙げるとともに、頒布権の範囲を、著作物やレコードを貸与以外のあらゆる方法で利用可能化することまで拡張すべきであると強く主張している。また、権利の拡張とともに、権利に対するある程度の制限も考えられる。たとえば、ベルヌ条約が定めている 3 step test を複製権のみならず、すべての支分権まで拡大すべきである。

以上の主な提案をまとめると、第 2 回の合同会議において、第 1 回の合同会議より一歩進み、インタラクティブな送信について、主要な国の代表团は、国内法の視点から異なる支分権を最適な選択肢として挙げているが、技術的中立なアプローチへの賛成に直接または間接的に言及しており、条約の締結という結果の達成に向けて柔軟な立場を示している。

(3) 第 3 回合同会議³³

この会議において、いままで具体的な提案を示さなかった欧州委員会代表团は、条約草案の形で提案した³⁴。そして、インタラクティブ送信または公衆への伝達に関する議論は、この提案を巡って各代表团が意見やコメントを発表する形式で行われた。ほぼすべての代表团は、提案の内容を確認し、欧州委員会の努力を称賛することに止まった。その主な理由は、欧州委員会が用意したこの提案の内容が、ほぼ前 2 回の合同会議での議論をまとめた上で、各国の主張の趣旨に合致するからであると思われる。

たとえば、インタラクティブな送信行為に関して、上記の提案は、ベルヌ議定書において、著作者に「著作物を公衆へ伝達する（公衆の構成員が個別に選択した場所と時期においてこれらの著作物にアクセスできるよう、有線または無線の方法を通して、公衆によるこれらの著作物の利用を可能にすることを含む）」専有権を与える一方、新文書について、実演者に「公衆が個別に選択した場所と時期においてその固定された実演にアクセスでき

³³ WIPO document BCP/CE/VII/4-INR/CE/VI/4(1996. 5. 22). なお、当該会議の報告書についてはそのスペイン語バージョンしか公開されていない。

³⁴ WIPO document BCP/CE/VII/1-INR/CE/VI/1(1996. 5. 20).

るよう、有線または無線の方法を通して、公衆によるこれらの実演の利用を可能にする」専有権を、レコード製作者に「公衆が個別に選択した場所と時期においてそのレコードにアクセスできるよう、有線または無線の方法を通して、公衆によるこれらのレコードの利用を可能にする」専有権を与える、と定めている。これは、前 2 回の合同会議において、インタラクティブ送信行為について専有権で規制すべきであるという各国の合意を反映したルールとなっている。

後述のように、この提案によるインタラクティブ送信の定義は、新しい国際条約に採用される文言とほぼ同じであるが、唯一の違いは、この提案においては「無線または有線」という技術的中立な用語がオン・デマンド送信の定義の一部であり、条約の文言では公衆への伝達権の定義の一部である、という点のみである。

さらに、この提案の意義について、欧州委員会代表団は以下の通りに合同会議でより具体的に説明している。すなわち、本提案は、新たに権利を創設するためではなく、電子システムを通して公衆のよる利用を可能化する行為を現有の権利範囲内に盛り込むためであり……ベルヌ条約における公衆への伝達権の範囲をすべての種類の著作物に適用できるように拡張することを目指す。さらに、本提案によると、公衆への伝達行為に該当するためには、送信が実際に行われることが必要ではなく、将来の送信のために、公衆による著作物の利用を可能にするだけで十分である。

5. 外交会議³⁵

上記計 3 回の合同会議後、WIPO 事務局は、外交会議での正式交渉のためにベルヌ議定書草案と新文書草案を作成した。これらの草案における公衆への伝達行為に関する内容は、欧州委員会の提案とほぼ同じ文面となっている。もっとも、事務局は、条文ごとにノートが付記しており、その条文の趣旨や内容の詳細について説明している。公衆への伝達権を規定する条文草案について、事務局は、ベルヌ条約における公衆への伝達権は一部の種類の著作物にしか及ばないが、伝達技術の発展によって、伝統の利用方法の他にも多数の伝達技術が現れたため、これらの技術による著作物の利用についても公衆への伝達権によって規制すべきであると指摘した上で、特にベルヌ議定書草案 10 条³⁶の後半が規制する行為

³⁵ 外交会議全体の記録は、Records of the Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions を参照。

³⁶ 同草案 10 条は、WCT8 条に対応するものであり、「Without prejudice to the rights provided for in Articles 11(1)(ii), 11bis(1)(i), 11ter(1)(ii), 14(1)(i) and 14bis(1) of the Berne Convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, including the making available to the public of their works, by wire or wireless

について、以下の要点を具体的に説明している。

すなわち、①「インタラクティブなオン・デマンド伝達行為」が解釈によって公衆への伝達に関するベルヌ条約の既存条項に包含され得るにもかかわらず、この文言を設ける主な目的は、加盟国の義務の調和や異なる解釈による矛盾の回避のために、新条約によって著作権の範囲内にあることを明らかにすることにあること、②同行為について考慮する際に、重要なのは著作物を利用可能化する初期の行動であり、単にサーバ、接続、信号の運搬設備を提供する行為ではないこと、③「伝達」は、伝達の発生地にいない公衆への「送信」を意味し、条約の文言として「送信」という文言を採用する選択肢もあり得たものの、あえて「伝達」を使用したのは、ベルヌ条約の英語バージョンの用語と一致させるためであること、④単なる私的送信は「公衆」概念によって権利範囲から除外し、そして、「公衆」概念の解釈は国内法に任せること、⑤最終的に著作物の複製物が作成されたか否かは関係ないこと、というのである³⁷。

また、新文書草案において、実演家とレコード製作者の利用可能化権を定めているが、それに関して WIPO 事務局は以下の点を特別に指摘している。すなわち、①デジタル形式の「レコード・ショップ」は実質的にレコード製造所または CD 工場に等しいため、利用可能化権というレコードに関する電子市場が正しく機能するための「基本的規則」が必要であること、②「利用可能」や「個別に選択する場所及び時期」という文言によってインタラクティブ送信またはオン・デマンド送信のすべての形態を直接にカバーすること、③完全にインタラクティブ的ではなく、インタラクティブに近い形態による送信であっても、「個別に選択する場所及び時期」という基準を満たすため、利用可能化権の範囲内にあること、④利用可能化権は排他権として定めるべきであるが、その責任の主体や責任の範囲に関する問題は国内法によって解決すべきであること、というのである³⁸。

外交会議において、オーストラリアやアフリカ諸国の代表団は、ベルヌ議定書草案の条文の構成³⁹またはプロバイダー責任の制限⁴⁰について修正案を提出したが、条約の正式の条

means, in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them」

³⁷ WIPO document CRNR/DC/4(1996.8.30), Notes on Article 10.

³⁸ WIPO document CRNR/DC/5(1996.8.30), Notes on Article 11 and 18.

³⁹ オーストラリア代表団は、公衆への伝達と公衆利用可能化を同じ条文の下で 2 項に分けて定めると修正するように提案した。WIPO document CRNR/DC/53(1996.12.12).

⁴⁰ アフリカ諸国代表団は、「公衆への伝達」が利用可能化の「初期の行動」を指し、利用可能化するための単なる「設備や手段の提供」を含まない、と明記することを提案した。WIPO document CRNR/DC/56(1996.12.12).

文に採用されなかった⁴¹。一方、新文書草案についても、幾つかの修正案が提出されたが、草案に実質的な影響がなかった。結果的に、ベルヌ議定書（＝WCT）と新文書（＝WPPT）は、上記の欧州委員会の提案に些細な変更を加えた上で⁴²、著作権としての「公衆への伝達権」と著作権隣接権としての「利用可能化権」を定めた。

6. 小括

WIPO は「指導的発展」段階において拘束力のある国際規範の制定を求めず、純粹にその専門家機構による研究結果によって各国に提案を行うことに止まっていたが、いざ国際条約の締結に携わることになり、この 20 年余りにわたって積み重ねてきた議論が新たな条約の実質的規定に深い影響を与える。指導的発展の最後に制定された模範法は、公表こそに至っていないものの、後に WCT の締結のための会議のワーキングペーパーとして使用された⁴³。インタラクティブ送信行為の法的位置づけに関して言えば、WIPO 事務局次長である Ficsor 氏が提出した「傘形解決策」は、後述のように、条約の文言の形ではないものの、各国の合意によって受け入れられた。これは、各加盟国がそれぞれ自国に適している提案をしたが、他国の提案に対して安易に妥協しないことに鑑み、国際条約の締結という最終目標を達成するために WIPO が見出した折衷案であるからである。また、結果的に見ると、条約の締結過程における各加盟国の研究の中、とりわけ欧州委員会の提案は、2 つの新条約に大きな影響を与え、権利の構成から条文の文言までほぼそのまま条約に採用されたということが明らかである。この提案は、各代表団の立場や意見を考慮した上で作成されたとはいえ、以下に分析する通り、欧州共同体における従来の立法実務から取り入れた要素が反映されたということもできる。

III WCT と WPPT 両条約における自動公衆送信に関する内容

1. いわゆる「傘形解決策」(umbrella solution)

ベルヌ条約 1971 年改正条約は、翻訳権、複製権、上演権、演奏権、放送権などを著作権の支分権として定めていたが、放送権については技術手段の限定を定めており、これは、

⁴¹ プロバイダー責任を制限することについて、各代表団が合意を達成したものの、条約の本文ではなく、その合意声明に記入することにした。WIPO document CRNR/DC/92 Corr. (1996. 12. 20).

⁴² すなわち、欧州委員会代表団の提案において、インタラクティブ送信の手段として挙げられた「有線または無線」という文言を、インタラクティブ送信の上位概念である公衆への伝達行為自体の定義の一部とした。

⁴³ Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet* (Oxford University Press, 2002), p. 13.

技術手段を問わない利用形態である翻訳、複製、上演、演奏等と対照的であった⁴⁴。その原因の1つは、著作物を物理的に離れた場所にいる公衆に伝達するための情報伝達技術に限られており、かつ、それが将来的に如何に発展していくかに関する予想が不透明であったからであると思われる。これに対し、無線と有線技術の融合などの通信技術における発展に対応するために、WIPO は従来のアプローチの改革を試みた。WCT8 条は、ベルヌ条約が定めた放送系の権利を妨げないことを前提として、公衆への伝達行為について有線と無線の区別を撤廃し、一括的「公衆への伝達権」(Right of Communication to the Public)を定めている⁴⁵。さらに、同条の文言上は、「インタラクティブ送信」を公衆への伝達権に含まれることを明確にした。

このような条文から一見すると、インタラクティブ送信を公衆への伝達の形態の一種として定めたように見えるが、外交会議の段階におけるこの条文の草案に関する議論は、当時または将来的加盟国の国内法制度との整合を念頭に置きながら、インタラクティブ送信行為を著作権の範囲内に取り入れる際に、具体的に如何なる支分権または複数の支分権の結合によって規制するかについて、各加盟国に必要なかつ合理的な自由を与えることにした。このことは、条約の成立まで各国代表団の発言からその糸口を見出すことができるが、これについて最終的に確認したのは、外交会議におけるアメリカ代表団の発言である。この発言は条文草案に対するアメリカ代表団の理解を説明したものであり、すなわち、条文が定めた行為をカバーすることさえできれば、デジタル環境における著作権者の権利を「公衆への伝達権や利用可能化、または専有権の結合の以外でも、任意の専有権によって国内

⁴⁴ ベルヌ条約は、翻訳権や翻案権等について、特に技術手段に言及しておらず、また、複製権や上演権等について、わざわざ「その方法及び形式の如何を問わない」や「その手段又は方法の如何を問わない」のような文言を使用して、技術手段によって著作権の範囲を限定する可能性を排除している。これらに対し、放送権については、「記号、音若しくは影像を無線で送る」、「放送された著作物」を「有線または無線で公に伝達する」、「放送された著作物」を「拡声器または記号、音若しくは影像を伝えるその他の類似の器具を用いて公に伝達する」という3つの行為類型を区別して定めている。ベルヌ条約において、放送権について各国に強制許諾制度を定める自由を与えていることに対し、翻訳権・翻案権・複製権などについて各国に専有権を定めることを義務付けている。したがって、上記のような技術手段の区別によって、各国の著作権法上の権利の性質とその範囲が異なることになり得る。

⁴⁵ なお、「公衆への伝達」という文言自体は、WCT に初めて導入されたものではなく、ベルヌ条約にすでに採用されていた。Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Articles 11(1)(ii), 11bis(1), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii), etc.

法に実施することができる」、というのである⁴⁶。これについて、他国の代表団はいずれも反対意見を示さなかった。

したがって、条約の文言上では、インタラクティブ送信は公衆への伝達の一形態であるが、各加盟国がそのような送信行為を規制するために国内法を改正し、あるいは新たに法解釈を行う際に、条文の文言を忠実に導入することはもちろん、完全に新しい支分権として定めることも、公衆への伝達権以外の既存の支分権（たとえば頒布権など）によって規制することもできる。

このような措置は「傘形解決策」と呼ばれており、その具体的な内容が以下の通りである。すなわち、①かかる行為を、「著作物または著作隣接権の対象」を公衆に提供すると表現すること、②このような公衆への提供は、有線または無線、もしくは有線と無線の併用といった方式によるものを含むこと、③このような公衆への提供はあらゆる形態の提供を含み、その目的（単なる視聴かまたは複製物の作成か）を問わないこと、④著作物または著作隣接権の対象の提供の成否を認定する際には、公衆の構成員は同一の場所において同時に受信するか、異なる場所や時間に受信するか、または、公衆の構成員は受動的に受信するか、何時受信するかを主動的に決定し得るかによって左右されないこと、⑤この種の公衆への提供権は専有権であり、自由に譲渡することができることといった要件を満たさなければならない、といった条件さえ満たせば、各国は自由に自国法を改正するか、新たに解釈を行うことができる⁴⁷。

一方、WCTとは異なり、WPPTは、単にインタラクティブ送信の権利を1つの権利として、実演家及びレコード製作者に与えようと加盟国に要求しているが、形式上においても実質上においても、この種の権利とその他の公衆への伝達行為との関係について、一切規定していない。その原因は、条約の締結過程においてインタラクティブ送信行為について専有権の設定が必要であるという合意が達成されたものの、当時の加盟国の多くが、著作隣接権者とりわけ録音製品製作者に対して、専有権の性質を有する「放送権」や「公衆への伝達権」またはこれらに類似する権利を与える準備ができていないからである⁴⁸。

2. 「インタラクティブ送信」

「インタラクティブ送信」は、条約上の文言ではなく、条約の締結過程においてしばし

⁴⁶ Records of the Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions, p. 675, para. 301.

⁴⁷ Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet* (Oxford University Press, 2002), pp. 208-209.

⁴⁸ その結果、WPPTは、その15条を通じて、実演家及びレコード製作者に、放送や公衆への伝達行為について報酬請求権を与えたにすぎない。

ば、後の WCT によって規制される「公衆の構成員が個別に選択する場所及び時期において著作物にアクセスできるように、公衆による著作物の利用を可能にする」(making available to the public of……works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them) という行為の言い換えとして使われていた。もっとも、上記の定義は議論の当初から決められたわけではなく、また、条約の交渉過程において、インターネット技術がもたらす著作物の新しい利用形態について、特に定めた用語がなかった。インタラクティブ送信以外にも、「デジタル送信」、「オン・デマンド送信」、「インターネット送信」などが、ほぼ同じ意味を有する言葉として頻繁に使用されていた。しかしながら、交渉過程の後期から条約締結後の国内法実施の段階にかけて、インタラクティブ送信が他の用語より多く使用され、特に日本と中国の立法者による立法趣旨の説明にも多く見られたため、本稿では、特別な説明がある場合を除き、「インタラクティブ送信」と統一する。

以下、上記のインタラクティブ送信の定義における①個別に選択する場所及び時期（＝インタラクティブ要件）、②著作物にアクセスできるように利用可能にする（＝利用可能化要件）、③公衆（＝公衆要件）との 3 つの構成要件について、条約の交渉過程におけるそれらに関する議論を簡単に触れておく。

（１）インタラクティブ要件

従来、著作物の利用形態に関する認識の中に、著作物を公衆へ提供する権利を「複製に関係する権利」(copy-related rights) と「複製に関係しない権利」(non-copy-related rights) という区別があった。たとえば、頒布権、貸与権は公衆に複製物を提供する行為を規制する一方、上演権、放送権などは著作物の複製物ではなく、著作物そのものを直接に提供する行為を規制する。前者の場合、基本的には著作物の提供行為と公衆による著作物の享受行為に時間差があるに対し、後者の場合、著作物の提供行為と公衆による享受行為が同時進行することが一般的である⁴⁹。

しかしながら、インターネット技術の出現により、上記のような区別の境界線は曖昧になってきた。インターネットを通じて著作物を公衆へ提供する場合において、公衆が複製物を取得した後に著作物を享受する形態、公衆が著作物を直接に享受し、その享受行為の終了後に当該著作物の複製物を保有しない形態⁵⁰、さらに、公衆が著作物を直接に享受し、

⁴⁹ Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet* (Oxford University Press, 2002), p. 498.

⁵⁰ この利用形態には、公衆のインターネット端末に著作物が一時的に複製され、公衆の享受行為の終了後もその複製物が仮に直ちに消えないとしても、特段の措置を取らなければ端末の使用につれていずれ消える場合（＝一時的複製）が多いが、一時的複製は複製権の

その享受行為が終了してもなお当該著作物の複製物が永久的に保存される形態はいずれもあり得る。

条約の準備段階において、「インタラクティブ」の意味が初めて明白に説明されたのは、ハーバード・シンポジウムに発表された、当時のマックス・プランク研究所の部局長である Dreier 氏の報告においてである。同報告はまず、ネットワークを「少なくとも1人の送信者と複数の受信者とのリンク」と定義した上で、「ネットワークの構造によって、受信者は互いに通信ができ、最終的に送信者までに情報を送り返すこともできる。後者の可能性を提供するようなネットワークは、インタラクティブであるということが出来る」⁵¹と説明している。そして、デジタル技術がもたらす著作権法上の概念影響を論じる際に、司法実務が当惑を感じる「公衆」概念について、同報告はホテルのテレビ・サービス、ビデオ・ボックスの例を挙げ、従前と同様に「公」を「無関係の人々が公の場に集まり、またはそれぞれの私的空間で同時に著作物を利用すると定義すると、もはや問題を正確に理解することができなくなる」と指摘している⁵²。したがって、「公の伝達」(public communication)における時間と場所の制限について、「ネットワーク環境の下で、著作物への個々の享受行為または再利用行為が公の場に行うことや、複数の人々が著作物を同じ場所または同じ時間に利用することはもはや必要ではなくなる」⁵³ということになる。

そもそも、インタラクティブ送信を如何に規制するかについて、WIPOの指導的発展段階においてそれを「複製」や「頒布」(distribution)行為の一部とする「複製理論」⁵⁴が唱えられたことがある。しかしながら、インターネットによって著作物を伝達するあらゆる行為に関する問題を複製権の枠組みの下で一括して解決しようとする上記の理論には相当な研究が必要とされるため、各国による合意を得ることが難しいと想定できた。そのた

範囲内にあるか否かについても長い間に議論が行われ、デジタル技術がもたらす重要な法的問題の1つである。

⁵¹ Thomas Dreier, *Copyright Digitized: Philosophical Impacts and Practical Implications for Information Exchange in Digital Networks*, WIPO Publication No. 723(e) (1993), p. 188.

⁵² Thomas Dreier, *Copyright Digitized: Philosophical Impacts and Practical Implications for Information Exchange in Digital Networks*, WIPO Publication No. 723(e) (1993), p. 194.

⁵³ Thomas Dreier, *Copyright Digitized: Philosophical Impacts and Practical Implications for Information Exchange in Digital Networks*, WIPO Publication No. 723(e) (1993), p. 199.

⁵⁴ Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet* (Oxford University Press, 2002), pp. 105-106.

め、指導的発展段階の後期から WCT と WPPT の締結まで、いわゆる一時的複製以外、インタラクティブ送信やディスプレイにおける著作物の展示などについて特に複製権の枠組みの下ではなく、これらの行為のあり方を独立した論点として直接に議論することとした。その結果、そのインタラクティブ送信に適用する支分権として、WCT と WPPT が選択したのは公衆への伝達権であるゆえに、インタラクティブ送信を定義する際に最初になすべき作業は放送や有線放送という伝統的な公衆送信と区別することであったと考えられ、よって受信者がその受信の時間と場所を個別に選択できるという最も重要と思われる特徴が要件の 1 つと挙げられたと思われる。

しかしながら、最も重要な特徴を強調しているからこそ、インタラクティブ要件の意義を説明する際に、無意識的に狭く解釈する傾向がある。たとえば、Dreier 報告以降のブレインストーミング会議における報告には、インタラクティブ送信と放送の区別は、ユーザーが受信する内容と時間を個別に選択し得るか否かにあると考えられるものがある⁵⁵。また、WCT8 条における「放送」と「インタラクティブ送信」の関係について、Fisor 氏は以下のように論じている。すなわち、「インタラクティブ送信は放送ではない（放送の場合は、その定義によると、送信者が能動的で、受信者が受動的であるからである）。もちろん、幾つかの新技术の発展によって（たとえば、あらゆる形式の「ウェブキャスティング」、「同時送信」、「ストリーミング・メディア技術」、「プッシュ技術」、その他のすでに現れまたは将来開発される技術など）、グローバル・デジタル・インターネットを通じて行われるあらゆる非インタラクティブ的な公衆送信はいずれもベルヌ条約 11 条の 2 (2) が規定する範囲にあると認定され得る」⁵⁶、というのである。この論述によると、インターネットを通じて行う送信はすべてが「インタラクティブ送信」というわけではなく、このうち「非インタラクティブ」的な送信もあり得る。このことは、後述のように、WCT と WPPT を実施するために改正された日本と中国の著作権法における「自動公衆送信」や「情報ネットワーク伝達」に関する著作権の範囲の解釈を左右し得る。

（2）利用可能化要件

インタラクティブ送信における「利用可能化」(making available/make available) 要件は、「指導的発展」段階にすでにその「萌芽」が現れた⁵⁷。ベルヌ同盟執行委員会と万国

⁵⁵ Kurt Kemper, *The Concepts of "Public" and "Private" in the Digital Environment*, WIPO Publication No. 746(es) (1995), p. 198-199.

⁵⁶ Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet* (Oxford University Press, 2002), p. 496.

⁵⁷ Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet* (Oxford University Press, 2002), p. 100.

著作権条約政府間委員会が共同に設立した「コンピューターを用いて著作物をアクセスまたは創作することによって生じる著作権問題に関する政府専門家第二委員会」(Second Committee of Governmental Experts on Copyright Problems Arising from the Use of Computers for Access to or the Creation of Works) は、その 1982 年 6 月に開催した会議において「コンピューター・システムを用いて著作物をアクセスまたは創作することによって生じる著作権問題を解決するための提案」(Recommendations for Settlement of Copyright Problems Arising from the Use of Computer Systems for Access to or the Creation of Works) を発表した。同提案は、デジタル送信行為の規制について、「入力と出力に関する問題を解決するための各国のアプローチを調和し、また、著作者にその著作物がコンピューター・システムに入力された場合に統括を行う現実的可能性を与えるために、各国は、コンピューター・システムを通じて(よって感知できる著作物を獲得し得る)公衆による著作物の利用を可能にする(下線は筆者による)という著作者の専有権⁵⁸をその国内法において明示的に承認する望ましさを考える必要がある。このような権利は入力と出力、あるいは入力のみに適用することができる。後者の場合、著作者がその著作物の目的地をコントロールする起点を指す」⁵⁹と規定している。もっとも、上記の提案は、いわゆる指導的発展の段階における専門家委員の意見にすぎず、提案の文言も相当簡潔で包括的であるため、同専門家委員会の管轄機関である上記の 2 つの委員会が後に開催した合同会議において、ほとんどの代表団はこれについて理解を示すものの、さらなる議論が必要であるとした⁶⁰。

その後の約 10 年間、デジタル技術と著作権の関係について、専門家委員会は主に複製権の問題として議論を行ってきた⁶¹。ブレインストーミング会議の段階に入り、前記の Dreier 報告においては、利用可能化要件について以下のような示唆があった。すなわち、「私的空間にある著作物が利用不可能な領域から第三者による利用が可能とある領域へ移転されれば、当該著作物が「公に」利用可能化された (is being made “publicly” available) と言える。このような移転は 2 種類の方法を通じて実現できる。1 つは、著作

⁵⁸ The exclusive right of the author to make his work available to the public by means of computer systems

⁵⁹ UNESCO/WIPO/CEGO/II/7 Annex I, 1982.8.13, p3

⁶⁰ Report of Executive Committee of the International Union for the Protection of Literary and Artistic Works (Berne Union) Twenty-Second Session (8th Extraordinary) (Geneva, December 12 to 16, 1983), Copyright (Monthly Review of the WIPO), No. 2, pp. 60-62, 1984.

⁶¹ Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet* (Oxford University Press, 2002), pp. 101-109.

物を既存の私的空間における公に利用可能な領域に移転されることであり、もう 1 つは、このような領域を第三者に新たに開放することである」⁶²。このように、WCT と WPPT 両条約の交渉段階前から、条約の文言として使用される「利用可能化」がすでに国際的場面に使用されていただけでなく、その 2 つの段階（著作物の入力と記憶媒体の開放）も指摘されていた。

しかしながら、「利用可能化」はインタラクティブ送信の特有の要件ではなく、実際、インタラクティブ送信が著作権法の問題として現れる前から、利用可能化という用語がすでに国際条約や EC 指令において使用されていた。たとえば、1948 年のベルヌ条約ブリュッセル改正条約 4 条（4）は、「発行された著作物」（published works）を、「その複製物が刊行されかつ公衆にとって十分な数量で利用可能化されている著作物」（works copies of which have been issued and made available in sufficient quantities to the public）と定義している。もっとも、「発行された著作物」の定義が初めてベルヌ条約関係文書に現れたのは、1896 公表したベルヌ条約に対する解釈的宣言⁶³においてである。同解釈的宣言によると、「発行された著作物」は、その複製物が 1 つの同盟国で公衆に対して刊行された（issued）著作物である。この定義は 1928 年のローマ改正条約 4 条（4）に取り入れられたが、この条文が使用した issued to the public という文言について、made available to the public と同じ意味合いを有すると理解されている⁶⁴。さらに、1967 年のストックホルム改正条約以降のベルヌ条約において、著作物の公表に関する多数の規定も「発行」ではなく「利用可能化」を使用するようになった。また、本稿第 1 章Ⅱの 2（3）においても言及した通りに、1992 年の EC 貸与権指令も、「利用可能化」を用いて「貸与」、「貸出」、「頒布」を定義している。

以上の例に鑑みると、国際的著作権法規範の文脈の下で、利用可能化という用語自体は、明確な意義を有するわけではなく、むしろその定義される行為が一般的に如何なる形態を有するかによって閲覧や視聴の可能性の提供（複製物の所有権または占有権の移転などを含む）と広く解釈することができるため、極めて柔軟性のある文言であるということができる。だからこそ、法的特徴を定めずに、インタラクティブ送信を技術的中立に定義するという傘形解決策の要求を満たすため恰好な文言でもあると言えよう。

⁶² Thomas Dreier, *Copyright Digitized: Philosophical Impacts and Practical Implications for Information Exchange in Digital Networks*, WIPO Publication No. 723(e) (1993), p. 198.

⁶³ Declaration Interpreting Certain Provisions of the Berne Convention of September 9, 1886, and the Additional Act Signed in Paris on May 4, 1896.

⁶⁴ Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet* (Oxford University Press, 2002), p. 167.

ただし、このような柔軟性のある要件に対して、唯一の例外が WCT8 条に関する合意声明⁶⁵において定められている。同合意声明によると、「単に伝達を可能にするまたは行うための物理的な設備を提供する行為自体は本条約またはベルヌ条約における伝達に該当しない」。もっとも、この合意声明の内容は「ISP と通信会社の利益を代表する NGO のロビイングによる結果である」⁶⁶ため、ここでいう単なる「物理的な設備を提供する行為」を解釈する際に、国際条約の交渉過程を参照すればするほどその範囲が狭くなると思われる。

さらに、インタラクティブ送信が置かれている文脈、すなわち WCT8 条における「公衆への伝達」の定義に鑑みれば、利用可能化要件の前提は、「伝達の発生地にはいない公衆」に対して「有線または無線の方式」で送信することであることは、上記Ⅱの 5 で説明した通りに明らかである。

（３）公衆要件

まず説明する必要があるのは、WCT や WPPT が成立するまで「公」または「公衆」について発表される主張や意見のほとんどが、実質的に上記のインタラクティブ要件または利用可能化要件に関するものであり、純粹の受信者が公衆であるか否かを判断する基準に関する議論が多く見られなかった、ということである。もっとも、注目に値するのは、新文書委員会がその第 1 回の単独会議において、実演またはレコードの公衆伝達について以下のように詳細に定義していることである。すなわち、「実演またはレコードの『公衆伝達』とは、実演の画像や音声またはレコードに固定されている音声や音声のデジタル形態そのものの送信であり、その送信がなければそれらの画像や音声がその場所において視聴することが不可能であるほど送信が開始した地点から離れたある場所やいくつかの場所にいる家庭やその最も親密な社交的知人の通常範囲（the normal circle of a family and its closest social acquaintances）（下線は筆者による）以外の者が利用可能にする送信である」⁶⁷、というのである。この定義における公衆の範囲について、同委員会の第 2 回の

⁶⁵ WIPO document CRNR/DC/92 Corr. (1996. 12. 20).

⁶⁶ Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet* (Oxford University Press, 2002), p. 509. なお、Ficsor によると、このロビイング活動は全面的に成功したわけではない。なぜならば、本来、これらの NGO は、WCT と WPPT 両条約の条文または少なくともその合意声明において、ISP や通信会社がユーザーの直接的な権利侵害行為のために責任を負うことを完全に防ぐような規定を盛り込むことを望んでいたが、実際の合意声明によって免除されたのは ISP や通信会社の直接的な責任にすぎず、幫助責任や代位責任ではないからである。

⁶⁷ WIPO document INR/CE/I/2 (1993. 3. 12). また、「公の実演」の定義における公衆要件についても同様に定めている。

単独会議において、オフィス、スタジオ、教育機関等の内部の送信を除外しているため私的範囲が限定的すぎるとして受け入れがたいという代表団の意見⁶⁸があったにもかかわらず、第3回の単独会議において改めて作成された提案⁶⁹は、上記の公衆要件に関する規定について変更を行わなかった。もっとも、このような詳細な定義は新文書委員会の単独会議においてしか現れておらず、その後のベルヌ議定書委員会との合同会議から、公衆要件に関する詳細な規定が消えており、公衆要件の具体的規定については国内立法に任せるということになった。

3. 小括

以上に顧みた通り、日本著作権法上の「自動公衆送信」の由来である「インタラクティブ送信」は、受信者による時間と場所の選択というインタラクティブ要件、著作物の閲覧や視聴の可能性を指す利用可能化要件、条約の交渉段階において極めて拡張されたものの正式な条文において従来の意義に止まった公衆要件という3つの要件からなるWCTとWPPT両条約上の概念である。WCTとWPPT両条約の締結過程において、その効率的な成立のために、WIPOの主導の下で、インタラクティブ送信に対して技術的中立な規定がなされ、この種の行為について著作権者に専有権さえ与えれば、具体的に如何なる支分権によって規制するかについて各国の国内立法に任せるという「傘形解決策」が採用された。

⁶⁸ WIPO document INR/CE/II/1 Prov. (1993. 11. 12).

⁶⁹ WIPO document INR/CE/III/2 (1994. 10. 5).

第2節 日本法における自動公衆送信に関する予備的な考察

I はじめに

日本では、著作権法制度は、著作者の利益保護を第一義とされる⁷⁰。もっとも、日本の著作権法1条は同法の目的を著作物等の「公正な利用に留意しつつ、著作者等の権利の保護を図り、もって文化の発展に寄与すること」としているから、著作物の視聴など、「その文化的価値を享受する行為」については権利の成立が認められていないと認識されている⁷¹。しかしながら、歴史的にみれば、著作権法制度は、新しい伝達技術の発展につれてこれに伴う著作物の利用行為を著作権の範囲内に取り入れてきた。特にデジタル技術の発展に対応して行われた近年の法改正は、財産的権利に関して「物権的構成」という「19世紀的な基本的パラダイム」⁷²を揺るがすどころか、従来、自由とされるべき著作物の享受行為までも侵害行為ひいては犯罪行為として規制するようになった。そこで、著作権者の財産的な利益の保護を錦の御旗にしてほとんど一方的に個々の利用者の自由を侵食してきた法改正は、如何なるプロセスを経て行われたかが問われるようになった⁷³。このような背景から、本節は、自動公衆送信に関する法規範の立法過程とその意義を俯瞰することとする。

II 自動公衆送信の沿革

1986年以前の日本の著作権法においては、放送系の権利は放送権と有線放送権が規定されるに止まっていた。これは、ベルヌ条約11条の2(1)に由来する。しかしながら、ユーザーの求めに応じて行われる送信サービスが開発され普及するにつれて、このような新たな技術に関わる著作物の利用行為を如何に規律するのかという問題が脚光を浴びるようになった。理論的に言えば、このようなオン・デマンド型の送信であっても、法解釈によって「有線放送権」の範囲内に含めることが可能であった⁷⁴にもかかわらず、権利範囲を明確化するために、1986年著作権法改正は、「有線送信」に関する規定を導入することで、有線によるオン・デマンド型の送信行為を明文で規制するようになった。同改正は、「有線テレビジョン放送、ビデオテックス等の開発・普及に対処するため」⁷⁵に、「日常用

⁷⁰ 半田正夫『著作権法概説〔第15版〕』（法学書院・2013）53頁。

⁷¹ 渋谷達紀『著作権法』（中央経済社・2013）1頁。

⁷² 中山信弘『著作権法』（有斐閣・2007）3頁。

⁷³ 田村善之『知的財産法〔第5版〕』（有斐閣・2010）10～27頁、419～420頁。

⁷⁴ 作花文雄『詳解著作権法〔第四版〕』（ぎょうせい・2010）269頁。

⁷⁵ 第104回国会参議院本会議における「著作権法の一部を改正する法律案(閣法第六二号)要旨」http://www.sangiin.go.jp/japanese/gianjoho/old_gaiyo/104/1042306.pdf（最終

いられる有線放送という言葉の意味とくい違っており混乱が生じやすいこと、著作権法上、送信の特質に応じて規定を明確に整備し適切な保護を図るべきこと」⁷⁶に配慮して行われたものである。というものの、この改正は、依然として、伝達技術を基準として放送系の権利を定めるという従来の制定法のアプローチを踏襲し、放送系の権利を、無線技術を用いる「放送」と有線技術を用いる「有線送信」とに二分している⁷⁷。

しかし、同改正後の日進月歩な情報伝達技術からの挑戦を受けて、著作物の伝達手段を基準として著作権法上の利用行為を定めるという伝統的なアプローチ自体にもメスを入れる必要が生じるにいたった。具体的には、放送と通信の融合化の推進によって有線と無線の区分の実益が小さくなり、しかも、ネットワークの発達に伴ってユーザーのリクエストに応じて自動的に送信する送信形態が急速に普及してきたのである⁷⁸。そこで、上述の通り、情報のデジタル化やネットワーク化の進展等に対応するための著作権審議会「マルチメディア小委員会」が1992年に設置され、1995年2月に検討経過報告が公表され、「関係団体等への意見を参考に、さらに検討を進める予定であった」⁷⁹。この検討経過報告には、「衛星通信技術やインタラクティブな形態の放送・送信の発達に伴い、従来の有線・無線の別や同時受信・異時受信の別の意味が薄れてきており、これらを区別することなく権利を認めるようにする必要がある」という現状認識を前提とし、無線・有線の別や同時受信・異時受信の別を問わない「送信権」の新設などの提案例がなされている。

その後、WCTやWPPTの動向を見据え、マルチメディア小委員会の審議は一時中断されたが、両条約の草案が公表された後に再開される。条約に早急に対応するために、同小委員会は、「当面对応が必要な事項」を、①実演家・レコード製作者について「リクエストを受けて行う送信」に係る権利を創設すること、②著作物の送信に「公衆に提示される状態に置くこと」を含めること、③無線による「放送」と「リクエストを受けて行う送信」に関する規定を整理すること等に絞って検討を行った⁸⁰。1997年著作権法改正はまさにその成果である。同改正は、WCTの「公衆への伝達権」に倣い、有線と無線の区別を撤廃し、公衆へ著作物を伝達する行為を統括する「公衆送信権」を創設するとともに、公衆送信権

アクセス日：2014年7月16日）。

⁷⁶ 井上明俊「データベース、ニューメディアの発達への法的対応——著作権法の一部改正」ジュリスト865号（1986）79頁。

⁷⁷ さらに、同改正は、受信形態を基準として、「有線送信」を同一内容の一斉送信を指す「有線放送」とオン・デマンド型のそれ以外の「有線送信」とにさらに二分している。

⁷⁸ 加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』（著作権情報センター・2013）32頁以下。

⁷⁹ 著作権法令研究会・通商産業省知的財産政策室【編】『著作権法・不正競争防止法改正解説』（有斐閣・1999）55頁。

⁸⁰ 著作権審議会マルチメディア小委員会（審議経過報告（平成9年2月24日））。

の下に「放送」、「有線放送」、「自動公衆送信」という三種類の利用形態⁸¹を例示した上で、自動公衆送信の場合に限って、その前段階である「送信可能化」を規制した⁸²。また、WPPT10条や14条に対応する「送信可能化権」を著作隣接権者に与えた⁸³。

Ⅲ 自動公衆送信の意義

1. 公衆送信

自動公衆送信は公衆送信の下位概念であるため、その意義を解析する前にまず公衆送信の意義を簡単に触れておく。日本著作権法における公衆送信とは「公衆によって直接受信されることを目的として無線通信又は有線電気通信の送信……を行うことをいう」（著作権法2条1項7の2）。この定義から、「公衆」、「直接受信」、「無線または有線の送信」という3つの要件を摘出することができる。文言の通り、「公衆」要件と「無線または有線の送信」要件はその下位概念である自動公衆送信に共通する要件であるため、これらについて本稿は第2章から第4章において検討することとする。ここでは「直接受信」の意味について説明したい。これについて、起草者は、「番組制作者と公衆向発信者との間を有線をつないで電気信号を運搬する」ケーブル業者の行為が公衆による「直接受信」を目的しないため公衆送信に該当しないとしつつ、「有線放送業者が喫茶店やバーへ送信してそこでお客に聴かせる」場合の経営者は「公衆」と該当するため当該送信も「直接受信」を目的とする送信になると解説している⁸⁴。これによると、送信行為こそ成立するものの、受信者の目的が受信された著作物を享受するなどのためでなければ、当該送信は「公衆による直接受信」を目的とするものにならない。他方、司法実務において、「まねきTV」事件控訴審判決⁸⁵は、WCT8条におけるインタラクティブ送信の概念を参照した上で、この「直接受信」要件を、「著作物を視聴等することによりその内容を覚知することができる状態

⁸¹ 「無線」と「有線」の区別を留保した理由は、国外の著作物について保護範囲が異なるからであると言われる。例えば国外の有線放送は保護の対象とならないが、国外の放送は保護の対象となる。加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』（著作権情報センター・2013）32頁を参照。

⁸² 濱口太久未「著作権法の一部を改正する法律について」ジュリスト1119号（1997）41～45頁を参照。

⁸³ 1997年法改正は実演家・レコード製作者のみに送信可能化権を与えたが、2002年法改正は、国際条約に一步先んじて、放送・有線放送事業者にも「送信可能化権」を与えた。

⁸⁴ 加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』（著作権情報センター・2013）33頁。なお、経営者の行為は、著作権法23条2項の「公衆送信の伝達」に該当する、というのである。

⁸⁵ 知財高判平成20年12月15日民集65巻1号353頁〔まねきTV控訴審〕

になる」ことと解釈している⁸⁶。

2. 自動公衆送信

自動公衆送信は、放送と有線放送とともに公衆送信に属する⁸⁷。放送や有線放送との違いは、公衆からの求めに応じて行われるか否かというところにある。換言すれば、受信者が送信行為をコントロールできるか否かということ⁸⁸が区別の鍵となる⁸⁹。すなわち、放送と有線放送の場合、受信者の行為にかかわらず、発信機から出す電波が常に受信機まで届いており、送信行為が既に行われているのに対し、自動公衆送信の場合、受信者がリクエストしなければ、そもそも送信行為が行われない。よって、例えば、「インターネット放送」や「インターネット中継」の場合は、万人が同時に同様の内容しか受信できないという結果だけから見れば、放送や有線放送の場合に類似しているが、やはり受信者がアクセスしなければ送受信が行わないため、このような送信方式は「自動公衆送信」に該当する

⁸⁶ 同控訴審判決自体はその上告審によって覆されたものの、上告審判決はそもそも控訴審判決において「直接受信」要件が検討された論点（有線送信の該当性）について触れていないため、この解釈は依然として参考する価値があると思われる。

⁸⁷ 通説によると、この3種類の利用形態は公衆送信の全てではない（著作権法令研究会・通商産業省知的財産政策室【編】『著作権法・不正競争防止法改正解説』（有斐閣・1999）61～62頁、加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』（著作権情報センター・2013）31～33頁、作花文雄『詳解著作権法〔第四版〕』（ぎょうせい・2010）270頁）。

⁸⁸ 著作権法令研究会・通商産業省知的財産政策室【編】『著作権法・不正競争防止法改正解説』（有斐閣・1999）60頁の図を参照。

⁸⁹ もっとも、自動公衆送信の定義規定に置かれている、「放送又は有線放送に該当するものを除く」という括弧書きに鑑みると、同基準には例外が存在している。すなわち、「放送又は有線放送に該当するものを除く」という括弧書きが想定しているのは、「最初のアクセスがあった瞬間から、同一内容・同時受信のための送信が開始・継続されるという送信形態があり得ること」（加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』（著作権情報センター・2013）40頁を参照）であり、このような場合、最初にアクセスした受信者は送信行為をコントロールできるが、当該アクセス行為により一斉送信が始動するため、他の受信者はもはや送信行為をコントロールできなくなる。つまり、最初にアクセスした受信者に限った話とはいえ、そこで送信行為がコントロールされているにもかかわらず、この場合には「放送又は有線放送」に分類されることになるから、本文で掲げた一般論の例外ということができる。もっとも、同見解によると、「実際にこのような送信形態がとられることは考えにくいいため、あくまで念のため規定したもの」ということである。

⁹⁰。もっとも、典型的な自動公衆送信行為ではない場合、著作権法における自動公衆送信そのものに関する規定は極めて簡単であるゆえに、その文言に着目する限りではその外延を確定することは困難である。他方、著作権法は自動公衆送信の準備段階である送信可能化を定義しており、その解釈如何では公衆送信権の内容も大きく揺れることになる。

3. 送信可能化

自動公衆送信の前段階行為に対して新たな規制を設けるために、起草者は、「公衆の用に供されている電気通信回線」、「自動公衆送信装置」、「公衆送信用記録媒体」といった一連の造語を作出してまで、同じ造語である「送信可能化」を定義することを試みた（著作権法2条1項9号の5）。同定義により類型化された一連の行為を、情報処理と接続行為の順に整理すると、送信可能化とは、「公衆の用に供されているネットワークに接続している自動公衆送信装置（サーバ）に情報を記録・入力すること（著作権法2条1項9号の5イ）、あるいはそのような情報が記録・入力されている自動公衆送信装置を公衆の用に供されている電気通信回路（インターネット）に接続すること（著作権法2条1項9号の5ロ）を指す」⁹¹。

また、送信可能化の定義規定が採用している情報処理と接続行為の順番という基準ではなく、送信が行われる前に情報が固定されているか否かという技術形態の視点から、送信可能化行為を記録型と入力型に分けることもできる。起草者の説明によると、記録型については情報の固定・蓄積のある「アップロード」行為、入力型については情報の固定・蓄積のない「インターネット放送」や「ウェブキャスト」行為を念頭に置いて定めたのであ

⁹⁰ 中山信弘『著作権法』（有斐閣・2008）221 頁、注 33。著作権法令研究会・通商産業省知的財産政策室【編】『著作権法・不正競争防止法改正解説』（有斐閣・1999）60～61 頁、66 頁。また、加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』（著作権情報センター・2013）44 頁は、自動公衆送信の準備段階である送信可能化の定義について、著作権法2条1項9号の5イの（4）を説明する際に、「いわゆる『インターネット放送』や『ウェブキャスト』が生中継のようなかたちで行われることがございますが、このように、情報を固定・蓄積することなく、また、公衆に向けたネットワークに流された後においてもサーバに残らない方法で、アクセスに応じて送信できるようにする行為がこれに該当します」と述べている。これらの見解に対して、「インターネット中継」について、公衆による同時受信がある場合は有線放送に該当するという見解（島並良ほか『著作権法入門』（有斐閣・2009）142 頁〔島並良氏執筆担当部分〕）が存在するが、これは、放送・有線放送の定義規定にある「同時」の意味について起草者と異なる理解に立脚しているのだろう。

⁹¹ 中山信弘『著作権法』（有斐閣・2008）221 頁。

る⁹²。いわば、日常用語とは異なる造語を多用したがゆえにこうした細かな定義が必要とされることになったと言えようか。実際、起草者も、結局は、細かな文言に拘泥していないようであり、たとえば、「著作権法上問題となるのは、これらの具体的な行為そのものではなく、むしろ結果として著作物が『自動公衆送信し得ない状態から、自動公衆送信し得る状態に移されたかどうか』ということである」⁹³と述べ、送信可能化主体の判断は「自動公衆送信し得る状態にない著作物…を『自動公衆送信し得る』状態にしたのは誰か、という観点から」なされるべきであるなどという理解が示されている⁹⁴。さらに、これを受けて、送信可能化行為については「物理的な個々の行為に限定して解する合理性は」ないという見解⁹⁵や、そもそも送信可能化法規範の独自の意義が乏しいという考え方⁹⁶も唱えられている。

以上に見た通り、送信可能化に関しては、その位置づけについて、自動公衆送信の前段階という点において共通した理解が得られているものの、一般に流布している理解によれば、著作権法上の具体的な定義に深く拘泥すべきではなく、自動公衆送信し得るものであるか否かということが決め手となるというのであるから、その具体的な内容や存在の意義に関する議論は、結局、自動公衆送信し得るか否かに帰着することになってしまう。

ちなみに、法律の明文上、著作隣接権者として実演家、レコード製作者、放送事業者、有線放送事業者は、その実演、レコード、放送、有線放送について、送信可能化を行う権利しか有せず、著作権者が有する「送信可能化」以外の自動公衆送信を行う権利を有しない。ゆえに、これらの著作隣接権の客体については「自動公衆送信に対して権利が付与されていないので、自動公衆送信行為をしている者に対して権利行使をしようと思う場合には、著作権に基づく請求として構成する必要がある」という理解⁹⁷が存在する。しかしな

⁹² 著作権法令研究会・通商産業省知的財産政策室『著作権法・不正競争防止法改正解説』（有斐閣・1999）63～66 頁。加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』（著作権情報センター・2013）40～45 頁。

⁹³ 著作権法令研究会・通商産業省知的財産政策室『著作権法・不正競争防止法改正解説』（有斐閣・1999）67 頁。

⁹⁴ 著作権法令研究会・通商産業省知的財産政策室『著作権法・不正競争防止法改正解説』（有斐閣・1999）67 頁。同加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』（著作権情報センター・2013）45 頁。

⁹⁵ 作花文雄『詳解著作権法〔第四版〕』（ぎょうせい・2010）270 頁。

⁹⁶ 島並良ほか『著作権法入門』（有斐閣・2009）142 頁〔島並良氏執筆担当部分〕。もっとも、前述したように、同見解は、異時受信を自動公衆送信の前提とするため、送信可能化規範の意義に対する理解は通常よりも狭い。

⁹⁷ 大西千尋「まねき TV・ロクラク II 最高裁判所判決についての一考察」NBL960 号（2011）

がら、送信可能化が自動公衆送信を行うための必要な準備段階であることに鑑みれば、著作権隣接権者は、他人の送信可能化行為をコントロールし得る以上、本質的には送信可能化以外の自動公衆送信を行う権利を有することと同様である。

4. 自動公衆送信装置

さらに、実務においてしばしば問題とされる自動公衆送信装置とは、まさに上記のような、独自の存在意義すら問われている「送信可能化」の定義規定の中で初めて現れた造語概念であり、「公衆の用に供する電気通信回線に接続することにより、その記録媒体のうち自動公衆送信の用に供する部分に記録され、又は当該装置に入力される情報を自動公衆送信する機能を有する装置をいう」（著作権法2条1項9の5イ）。このような難解な定義規定に対して、起草者は端的に、「そこに蓄えられたり入力されている音や影像、文字情報といったものをネットワークを通じて流すことができる機能を有する装置」と説明している⁹⁸。また、送信可能化に該当する行為を説明する際には、「自動公衆送信装置」という言葉を使わず、これを端的に「サーバ」と入れ替えている⁹⁹。さらに、改正法の起草時、「サーバ」という用語を避け、わざわざ「自動公衆送信装置」という概念を作り出した理由は、「サーバ」には、「ネットワークに情報を送受信する役割をもつコンピュータ」という意味とは無関係な意味をも有する場合があるからである、と説明されている¹⁰⁰。

確かに、著作権法の条文だけを見れば、「自動公衆送信装置」は明確に定義されており、その位置づけは、送信可能化行為を判断する前提を形成していることが動かざる命題のように読めるかもしれない。しかしながら、そもそも同概念が初めて現れるのは送信可能化

46 頁。

⁹⁸ 加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』（著作権情報センター・2013）42 頁。

⁹⁹ 著作権法令研究会・通商産業省知的財産政策室『著作権法・不正競争防止法改正解説』（有斐閣・1999）64 頁以下。

¹⁰⁰ 加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』（著作権情報センター・2013）41 頁。実際、「サーバ」というわかりやすい言葉の代わりに、「自動公衆送信装置」という難解な名詞を作り出すことについて、立法過程においても疑問が呈されていた。たとえば、「無理やり片仮名を漢字に直し」た結果、「サーバ」ではなく自動公衆送信装置にしたが、これを「英語で訳したら絶対サーバには戻らない」ではないか、「そのうち文化庁はマウスをネズミと訳されるんじゃないか」という疑問が示された。しかしこのような指摘に対して、政府委員は、「コンピューターネットワーク上で他のコンピューターにファイルやデータを提供するコンピューターとか、あるいはプログラムをいう」という定義は、「国語辞典など非常に大きな辞典にもまだ記載されていない」と応答している（平成9年5月22日第140回国会参議院会議録文教委員会12号を参照）。

行為の定義規定のなかにあり、しかも送信可能化該当性の判断は、一般的な理解に従うと、自動公衆送信の成否に結びつけられていることに鑑みれば、「自動公衆送信装置」という概念もまた、送信可能化概念と同様、それ自体として単独で独自の意義を有するものとして扱うことができるのか、大いに疑問が沸くところである¹⁰¹。

IV 自動公衆送信に関する法規範の趣旨

そもそも、著作物の利用から生まれる価値を権利者に還流させるためには、利用行為に対して権利を設ける発想をとることが素直なように思われるのであるが、このような発想を実現するための技術的手段が存在しなかったため（たとえば、読書に対して権利を及ぼしたとしても、その監視が困難であるために、権利は画餅に帰することになる）、分散的、独立的な使用を一定の程度においてコントロールできる主体から、そのような使用に伴う利益の一部を権利者に還流させる手法が、従来、著作権法によって採られていた。たとえば、著作権法制度が誕生してからの長い間、複製権を中心とする規制がとられていたのも、少なくともかつては、複製を実現する技術や装置を有している者がごく一部の者（たとえば、出版社やレコード会社、あるいは映画会社など）に限られていたからである¹⁰²。

もっとも、複製技術が発達し一般に普及するにつれて、一般的な使用者でありながら複製者でもある者が激増し、複製が行われる領域が個人や家庭の範囲内にまで及ぶようになった。その結果、複製行為のみを捉えるという伝統的な手法も、現実的にこれを把握する技術的手段を欠くようになったため、複製権を中心とする制度が機能不全に陥った¹⁰³。他方、そもそも複製を伴わない情報伝達技術も普及し始めたために、著作物に対する複製以外の利用行為から得られる利益を爆発的に拡張している。その典型例がまさに受信者の求めに応じて自動的に行われる送信、すなわち自動公衆送信である。したがって、自動公衆送信ないしそれを含む公衆送信権が設けられた根本的な趣旨は、他の禁止権と同様、新たな技術による付加価値を伴った著作物の利用行為に対して、そこからの対価を効果的に権利者に還流させるところにあるのだろう¹⁰⁴。

また、送信可能化を規制する目的は、自動公衆送信がいまだ行われていない場合、ある

¹⁰¹ これについて、司法実務も同じ問題意識を有している。「まねき TV」事件上告審判決（最判平成 23 年 1 月 18 日民集 65 巻 1 号 121 頁）の調査官解説は、自動公衆送信において用いられる送信装置と、送信可能化定義規定にある自動公衆送信装置は同一の機能を有することが想定されている（山田真紀「最高裁重要判例解説（まねき TV 事件）」Law & Technology 51 号（2011）99 頁を参照）。

¹⁰² 田村善之『知的財産法〔第 5 版〕』（有斐閣・2010）451～452 頁。

¹⁰³ 田村善之『知的財産法〔第 5 版〕』（有斐閣・2010）453 頁。

¹⁰⁴ 田村善之『知的財産法〔第 5 版〕』（有斐閣・2010）463 頁。

いは自動公衆送信が既に行われたものの、その時間、場所、内容、相手方を把握できない場合であっても、権利者が無断の送信可能化行為に対して権利行使できるようにするためである、と言われている¹⁰⁵。しかしながら、公衆送信権が侵害されるおそれがあるとして、法的救済を求めることができるのであるから¹⁰⁶、むしろ送信可能化を著作権法に導入することの主たる機能は、公衆送信を専有権として把握していない著作隣接権者に事実上の自動公衆送信を行う権利を与えることにあるのではないかと思われる。

¹⁰⁵ 加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』（著作権情報センター・2013）40～41 頁。著作権法令研究会・通商産業省知的財産政策室『著作権法・不正競争防止法改正解説』（有斐閣・1999）62 頁以下。さらに、後者によると、送信可能化を公衆送信に含ませることは、WCT の考え方に従ったとされている（同 69 頁）が、このような WCT に対する理解は、そもそも間違っているという批判がある。作花文雄『詳解著作権法〔第四版〕』（ぎょうせい・2010）271～273 頁。

¹⁰⁶ もちろん、このような場合、送信可能化も権利範囲内とすれば、損害賠償額の推定規定により損害賠償を請求することができる。この点において、送信可能化を権利範囲内とすることには実益があるかもしれない。

第3節 中国法における自動公衆送信に関する予備的な考察

本節は、自動公衆送信に関する WCT と WPPT の規定に対応するために行われた中国の著作権法の改正経緯とその意義を整理することとする。

中国の著作権法上、およそ「自動公衆送信」に対応する著作物の利用形態を「情報ネットワーク伝達」と命名し、支分権の 1 つとして定めている。情報ネットワーク伝達権は、WCT に対応するために 2001 年の著作権法改正によって新たに設けられたものであり、「有線または無線の方式によって公衆に著作物を提供し、公衆が個別に選択した時間および場所においてこれを獲得できるようにする権利である」（著作権法 10 条 1 項 12 号）。

I 2001 年法改正前

改正前の 1990 年著作権法において、著作権の内容に関する規定は同法 10 条 1 項 5 号しかなかった。この号は、著作物の利用形態に即して支分権を定義するというアプローチを採用したものではなく、著作権者に「使用权及び報酬獲得権」、すなわち「複製、上演、放送、展示、頒布、映画・テレビ・録画の撮影または翻案、翻訳、注釈、編集等の方式を通じて著作物を使用する権利、及び他人に上記の方式によって著作物を使用することを許諾し、これによって報酬を得る権利」を与えている。

このような条文の下で、インターネット上の著作物利用が著作権の範囲内にあるか否かは大いに議論されたことがある。その引き金となったのは、「王蒙訴世紀互聯」事件¹⁰⁷である。同事件において、作家である王蒙氏は、ウェブサイトの経営者である被告が、そのサイトで原告の言語著作物を掲載することが著作権侵害であることを理由に訴訟を提起した。これに対し、被告は、インターネットで他人の著作物を伝達することが権利者の許可を得る必要があるか否かについて中国の著作権法が明確に定めていないことと、原告の言語著作物が被告サイトに掲載する前にすでにインターネット空間で広く流れており、被告もまた他のサイトから自らのサイトに転載したにすぎないことを理由に、その行為が原告の有する著作権への侵害に該当しないと主張した。裁判所は、わずか 3000 字あまりという短い判決文において、「科学技術の発展は、必然的に著作物の媒体の形式、利用方法、伝達手段等における変化をもたらすものの、これらの変化は著作者がその著作物に対して有する専有的権利に影響することがない」という一般論を展開した上で、「インターネットを通じて著作物を伝達することは、たしかに著作権法上における出版、頒布、公の上演、放送等の伝達方式とは異なるが、その本質上、いずれも著作物を社会の公衆へ伝達すると

¹⁰⁷ 北京市海淀区人民法院（1999）海知初字第 57 号。実際、王蒙氏以外、著名の作家 5 名も同じ時期に同じ被告に対して著作権侵害訴訟を提起した。第一審・控訴審を含め、これらの一連の事件は一般的に「王蒙等訴世紀互聯」事件と呼ばれる。

いう利用方法を通じて、ユーザーに著作物の内容を理解することができるようにする行為である」と述べ、被告の行為が著作権法上という「使用」に該当し、これを無断に行ったことが著作権侵害行為である判断した。その後、被告は北京市第一中級人民法院へ控訴したが棄却された。控訴審判決は、インターネットを通じて著作物を利用する行為が立法者にとって「予測不可能」であったことを強調しながらも、インターネットでの著作物の「使用」が文字通りに著作物の「使用」方法の一種であるゆえに、当然著作権者の専有権の範囲内にあると結論付けた¹⁰⁸。

上記の判決について、その結論に同意しつつも、そこに展開されている解釈論について批判する立場が見られる。すなわち、当該事案に鑑みれば、被告の行為を単に一種の複製行為として「使用権」によって規制すれば十分であり、直ちに複製の上位概念である「使用」行為として捉えるという一般性のある解釈をしてしまうと、著作物に対するあらゆる利用方法についても同じ論理が展開しうるため、著作権法制度によって確立された巧妙な利益関係が破壊されかねない、というのである¹⁰⁹。

もっとも、同事件の後に、最高人民法院は、「コンピュータ・ネットワークに関わる著作権訴訟事件の法律適用における若干の問題に関する解釈」¹¹⁰（「最高人民法院關於審理涉及計算機網絡著作權糾紛案件適用法律若干問題的解釋」）を制定、公布し、「インターネットを通じて著作物を公衆に伝達する行為が、著作権法が規定する著作物の利用方式の1つであり、著作権者が当該方式で著作物を使用し、または他人による著作物の使用を許可し、これによって報酬を獲得する権利を有する」ことを明らかにした。立法者も後に、1990年の著作権法の下でも、インターネットを経由する著作物の利用はこの「使用権及び報酬

¹⁰⁸ 北京市第一中級人民法院（1999）一中知終字第185号。なお、同控訴審事件を扱った裁判官によると、立法者がインターネットに関わる著作物の使用を予見できなかったとしても、本件控訴審の判決は、あくまで著作権法における一般性のある法規範に基づき、合理的に法解釈を行ったにすぎない、というのである。張広良「王蒙・張抗抗・張承志・張潔・畢淑敏・劉震雲等六位作家訴世紀互聯通信技術有限公司侵犯著作權糾紛案 案情及評析」科技与法律 2000 年 1 期 88 頁を参照。

¹⁰⁹ 崔国斌「知識產權法官造法批判」中国法学 2006 年 1 期 156 頁。

¹¹⁰ 最高人民法院が特定の問題について制定する「解釈」は通常「司法解釈」と呼ばれ、司法解釈は、最高人民法院（または最高人民検察院）が公布する文書であり、その形式として「解釈」、「規定」、「批復」、「決定」がある。このうち、（〇〇に関する）「解釈」は、特定の法律、事件類型、問題についての法運用につき解釈を示したものであり、下級法院に対して拘束力を有する。木間正道＝鈴木賢＝高見澤磨＝宇田川幸則『現代中国法入門〔第6版〕』（有斐閣・2012）105 頁を参照。

獲得権」に含まれると解釈することが可能であった¹¹¹、と説明する形で、事実上同判決を追認した。このように、司法実務も立法者も、インターネットという目新しい伝達手段による著作物の伝達行為を「複製」という本質までに認識または明言しなかったものの、著作権の範囲内にあるという判断について躊躇を見せなかった。また、法改正前の権利内容に関する規定が極めて一般的であるゆえ、裁判実務であれ、司法解釈であれ、インターネットを通じて著作物を利用する行為をめぐって議論が重なってきたが非常に広く解釈したにすぎず、行為の類型や要件等に関して厳密な論理を展開することなく、その必要性も乏しかったと思われる。

II 2001 年法改正後

2001 年の法改正は、著作権の内容について、利用形態に即して個別に複製権等 12 種の支分権（2001 年著作権法 10 条 1 項 5～16 号）を列挙した上で、「その他条項」（2001 年著作権法 10 条 1 項 17 号）を加えるという構成を採用し、改正前の「使用権及び報酬獲得権」によって統括されていた権利を再構成した（2001 年著作権法 10 条 1 項 5～17 号）。さらに、現在、中国の著作権法に関する大きい改正は行われている最中であるが、著作権の支分権の内容に関しては、2001 年法と同様に、依然として 1990 年法が採用した非限定列挙のアプローチを受け継ぐ見込みである¹¹²。このようなアプローチを採用した理由について、「理論上、著作権者がその著作物に対する全ての商業的な利用行為について、財産的な収益を得る権利があり」、「著作物に対していくつかの種類の利用方法があれば、著作権者にいくつ

¹¹¹ 中国人大網「中華人民共和国著作権法釈義」

http://www.npc.gov.cn/npc/flsyywd/minshang/2002-07/15/content_297587.htm（最終アクセス日：2017 年 12 月 7 日）

¹¹² 新しい改正のために起草した「中華人民共和国著作権法（改正草案審議用原案）」（以下「審議用原案」、中国語：「修訂草案送審稿」）には、支分権に関する整理が行われているものの、支分権規定の最後の号として、「その他条項」が依然として存在する。ちなみに、2010 年にも著作権法改正が行われたが、改正された条文はただ 2 つであり、その一は、2001 年著作権法 4 条（「法律により出版、伝播が禁止される著作物は、本法に保護されない。著作権者が著作権を行使する際、憲法や法律に違反し、公共の利益を損害してはならない」）を、「著作権者が著作権を行使する際、憲法や法律に違反し、公共の利益を損害してはならない。国は、著作物の出版、伝播に対し、法律に従って監督し管理する」に変更したことであり、その二は、26 条として「著作権をもって出賃する場合、質権設定者と質権者は国务院の著作権行政管理部门で質権の登記手続きを行わなければならない」という新しい条文を追加したことである。

の種類財産権がある」からである¹¹³、という理解がなされている。また、このようなアプローチは、将来「現れ得る新しい状況に対応」することができると評価されている¹¹⁴。

具体的な条文に目を転じてみると、WCT や WPPT に要求される保護基準に満たしていることを明示するために、2001 年著作権法改正は、WCT8 条後半の文言をほぼそのまま中国語に訳し、新しい支分権である「情報ネットワーク伝達権」を創設して定義し、また、WPPT10 条と 14 条の規定を参照して実演家と録音・録画製品製作者に同じ権利を与えた。もっとも、前述した通り、1990 年著作権法においても、インターネットを通じて著作物を利用する行為が著作権の範囲内にあるため、2001 年法改正による「情報ネットワーク伝達権」の新設が、少なくとも著作権に関しては、権利の拡張ではなく、あくまで確認規定にすぎないと立法者は説明している¹¹⁵。

Ⅲ 情報ネットワーク伝達の意義

前述のように、インターネットに著作物をアップロードする行為は著作権法にいう情報ネットワーク伝達行為に該当することについて、解釈論においてはもはや異論がない。しかしながら、情報ネットワーク伝達行為の具体的な内容と外延はすでに明確にされているというまでには未だ程遠い。

まず、権利の名称に注目すれば、当該行為の要件が「情報ネットワーク」と「伝達」からなると思われかねないが、他方、その定義に目を転じると、行為要件について「有線または無線の方式」、「公衆」、「個別に選択した時間と場所」、「提供」と整理されるのは一般的である。その中で、たとえば「公衆」要件や「個別に選択した時間と場所」要件は、権利名称における「情報ネットワーク」に対応するか、あるいは「伝達」の内容であるかについて、一致した見解が存在しない¹¹⁶。一見すると、この問題は、単に概念法学上の問題にすぎないように見えるが、権利の名称とその定義によって定められる要件との対応関係

¹¹³ 劉春田【編】『知識産権法〔第5版〕』（中国人民大学出版社・2014）75 頁〔劉春田氏執筆担当部分〕。

¹¹⁴ 吳漢東等『知識産権基本問題研究』（中国人民大学出版社・2005）265 頁。

¹¹⁵ 中国人大網「中華人民共和國著作権法釈義」

http://www.npc.gov.cn/npc/flsyywd/minshang/2002-07/15/content_297587.htm（最終アクセス日：2017 年 12 月 7 日）

¹¹⁶ たとえば、情報ネットワーク伝達権にいう「情報ネットワーク」は、「社会の不特定の公衆に対して開放するネットワーク」あるという見解（崔国斌『著作権法』（北京大学出版社・2014）455 頁）が存在する一方、技術的中立的立場から、情報ネットワークは単に「有線または無線の方式」を指しており、公衆要件は「伝達」の定義の一部に対応する要件であると理解することもできる。

が不明確であるゆえに、実務における混乱を引き起こし得る。

たとえば、ネットカフェのイントラネットが、「情報ネットワーク」に該当するか否かが争点となった幾つかの事件において、地方裁判所において判断が分かれたことがある。

「北京網尚訴南寧一網通」事件¹¹⁷において、南寧市中級人民法院はネットカフェに設置されるイントラネットは、「情報ネットワーク」であると認定し、また、ネットカフェの利用者が店内のイントラネットを経由してサーバに保存されている映画著作物を視聴することができるため、ネットカフェの経営者は著作権者の「情報ネットワーク伝達権」を侵害したと判断した。これに対し、「北京網尚訴北京億兆先鋒」事件¹¹⁸において、著作権者である原告の請求理由は「情報ネットワーク伝達権」および「前記の環境¹¹⁹の下で放映等利用をすることに必要とする複製権、放映権¹²⁰」の侵害であるにもかかわらず、第一審の北京市東城区人民法院は、情報ネットワーク伝達権の侵害の判断を回避し、単独に「複製権、放映権」に対する侵害の成立を認めた。この判決から、同裁判所は、イントラネットを通じて著作物を提供する行為が情報ネットワーク伝達行為に該当しないという立場をとっていると理解する分析がある¹²¹。しかしながら、同事件の控訴審では、北京市第二中級人民法院は原審の判決結果こそ維持したものの、判決理由の部分において逆に、「複製権・放映権」の侵害について言及せず、単に「情報ネットワーク伝達権」に対する侵害が成立と認定した¹²²。このような事件について、イントラネットの「情報ネットワーク」該当性問題に関するものであると理解した上、「情報ネットワーク」該当性を、情報ネットワーク伝達権侵害を判断するための主体要件、インタラクティブ要件、提供要件と並列する見

¹¹⁷ 南寧市中級人民法院（2009）南市民三初字第 143 号。

¹¹⁸ 第一審：北京市東城区人民法院（2007）東民初字第 8584 号。控訴審：北京市第二中級人民法院（2008）二中民終字第 2355 号。

¹¹⁹ すなわち情報ネットワークの環境。

¹²⁰ 著作権法 10 条 1 項 1 号の定義によると、放映権とは、すなわちプロジェクター、スライドなどの技術設備を通じて、美術、撮影、映画及び映画の制作に類する方法により創作された著作物などを公に再現する権利である。

¹²¹ 李揚『知識産権法基本原理』（中国社会科学出版社・2010）258～259 頁。

¹²² 「北京天龍訴鑫苹果」事件においても同様に、第一審・北京市東城区人民法院（2008）東民初字第 1503 号はネットカフェによる著作物の提供が情報ネットワーク伝達権ではなく、複製権と放映権侵害行為に該当すると認定したのに対し、控訴審・北京市第二中級人民法院（2008）二中民終字第 10533 号は、第一審裁判所の認定に間違いがあると指摘した上で、「イントラネットを通じて」著作物を「伝達」という被告の行為が情報ネットワーク伝達権侵害行為であるとして、判決理由を変更した。

解すら存在する¹²³。

実務において生じた疑問に答えるために、2010年5月19日に発表された北京市高級人民法院による「ネットワーク環境における著作権紛争事件に関する若干の問題についての指導意見（一）（試行）」（「北京市高級人民法院關於審理涉及網絡環境下著作權糾紛案件若干問題的指導意見（一）（試行）」）二（一）9は、「著作物、実演、録音録画製品をアップロードその他の方式によって公衆に対して開放するイントラネットに置き、公衆が個別に選択した時間および場所においてそれらを入手できるようにする行為は、情報ネットワーク伝達行為に該当する」と定めている。さらに、2013年1月1日から施行される最高人民法院による「情報ネットワーク伝達権侵害の民事紛争事件の審理における法律適用の若干の問題に関する規定」（「最高人民法院關於審理侵害信息網絡傳播權民事糾紛案件適用法律若干問題的規定」）2条は、「本規定における情報ネットワークとは、計算機・テレビ・固定電話機・移動電話機等の電子設備を端末とする計算機のインターネット、放送テレビネットワーク、固定通信ネットワーク、移動通信ネットワーク等の情報ネットワーク、および公衆に開放するイントラネットを含む」と定め、著作権法が定義しなかった「情報ネットワーク」についてわざわざ確認説明を行っている。

また、権利の名称とその要件が使用した文言の隔たりのほか、著作権法その他の関係条文自体における文言の曖昧さも問題を深刻化させる。2000年の著作権法改正は著作権者と一部の著作隣接権者に「情報ネットワーク伝達権」を与えたことは大方の理解であるが、著作権法に使用された実際の文言を精査すると、著作権として情報ネットワーク伝達権と、著作隣接権としての情報ネットワーク伝達権は内容において若干の相違があるという解釈が行い得る。権利の名称とその定義規定からなる著作権の内容の構成と異なり、著作隣接権について、「情報ネットワークを通じて公衆に伝達する」というより日常用語に近い文言が採用されている（著作権法38条1項6号（実演者の権利）、42条（録音・録画製作者の権利））が、なぜ著作権者の権利として定義されている「情報ネットワーク伝達」という造語をあえて使用しなかった理由については不透明である。文言だけを見ると、「情報ネットワークを通じて公衆に伝達する」という行為には、公衆が個別に選択した時間および場所において受信する形態のみならず、そのような選択できなくとも、情報ネットワークを経由していれば、その送信行為のすべてが含まれると読み取ることができる。また、立法者が著作隣接権の当該部分について説明する際に、著作隣接権者が有する「権利」は著作権のような「許諾」をする権利ではなく、「禁止」をする権利にすぎないということを繰り返して強調していることから、権利者や利用者に著作隣接権者が著作権と同等の権利を有するという誤解を防ぐためであったのではないかと伺えるが、著作権の内容と同じ文言を使用している著作隣接権者が有する「複製権」や「頒布権」についても、立法

¹²³ 崔国斌『著作権法』（北京大学出版社・2014）455～487頁。

者が許諾権と禁止権の区別から同じ説明を行っている¹²⁴。また、同説明の中、著作権者の「ネットワーク伝達権（ママ）」に対応するものとして、実演者や録音・録画製作者に「ネットワーク伝達権」が挙げられているので、立法者にとって、「情報ネットワークを通じて公衆に伝達する」という文言は、単に「情報ネットワーク伝達」を言い換えたものにすぎないかもしれない。もう 1 つの証左として、権利侵害責任に対する著作権法 48 条の規定も挙げられよう。48 条は、著作権侵害責任と著作隣接権侵害責任について、いずれも「情報ネットワークを通じて」著作物または実演もしくは録音・録画製品を「公衆に伝達する」という文言を使用しているため、少なくとも権利侵害の面において「情報ネットワーク伝達」と「情報ネットワークを通じて公衆に伝達する」との区別は法律上の意味がないと考えても差し支えがなかろう。

このような文言上の混用は、2006 年に国务院により制定・公布された「情報ネットワーク伝達権保護条例」（以下「保護条例」）にも見られる。同保護条例の定義規定である 26 条（全 27 条）は、著作権法における著作権および著作隣接権の規定をまとめ、「情報ネットワーク伝達権とは、有線または無線の方式によって公衆に著作物、実演または録音・録画製品を提供し、公衆が個別に選択した時間および場所において著作物、実演または録音・録画製品を入手できるようにする権利である」、と定めている。しかしながら、保護条例全体を概観すると、著作権法における著作隣接権に関する文言よりさらに日常用語に近く、「情報ネットワークを通じて」著作物を「公衆」に「提供」という文言が散見する¹²⁵。著作権法の場合と同じ、同保護条例の制定者もまた「情報ネットワーク伝達権」を、「情報ネットワークを通じて著作物等を公衆に提供する権利」と言い換えていると考えられる。そもそも、研究者の中に、情報ネットワーク伝達権を「情報ネットワークを通じて著作物を伝達する権利」として理解する意見が存在する¹²⁶が、前記の理由の通り、立法経緯と趣旨に合致しないと言わざるをえない。

以上に見てきた通り、情報ネットワーク伝達権について、中国の著作権法、情報ネットワーク伝達権保護条例、立法者の説明は、WCT または WPPT が示している定義規定に従って

¹²⁴ 中国人大網「中華人民共和國著作権法釈義」

http://www.npc.gov.cn/npc/flsyywd/minshang/2002-07/15/content_297585.htm（最終アクセス日：2015 年 9 月 10 日）

¹²⁵ たとえば、「条例」2 条は、「権利者が有する情報ネットワーク伝達権は、著作権法及び本条例による保護を受ける。法律や行政法規による別途の規定がある場合を除き、あらゆる組織や個人が、情報ネットワークを通じて他人の著作物や実演、録音・録画製品などを公衆に提供する場合、権利者の許可を得て、かつ報酬を支払わなければならない」と定めている。

¹²⁶ 呉漢東『知識産権法』（法律出版社・2004 年）77 頁。

いる一方、権利の内容を説明する際に、より広い意味のある文言を使用している。たしかに、日常用語が使用されていても、定義規定や立法過程等を参照すれば、「情報ネットワーク伝達権」の内容と外延を確認することができ、特に著作権の場合、たとえその内容と外延が絶対的に明確ではないとしても、権利侵害等の争点について法的判断が求められることになった際に、法解釈または契約の解釈等の手法を通じて、権利範囲を厳格に解釈し、あるいは「その他条項」を活用して権利範囲を拡大するなどによって、紛争を解決することが不可能ではない。しかしながら、定義規定から乖離する広い文言は、無意味に実務に混乱をもたらすほかならないとすれば、見直す必要があるのではないかと思われる¹²⁷。とすると、研究や実務に携わる者にとって、情報ネットワーク伝達権について、「情報ネットワーク」や「伝達」の意義、権利の名称に拘束される必要がなく、むしろその定義規定に示された要件だけに注目すれば十分であろう。

¹²⁷ そんな中、現在進行中の第三次著作権法改正の審議用原案の文言を見る限り、少なくとも上記のような日常的な文言を使用している著作隣接権に関する条文については、「情報ネットワーク伝達権」の定義において使用される文言と一致させる改正が行われる見込みである。とすると、保護条例その他の法令もいずれ相応な改正が行われる可能性が高いであろう。

第4節 小括

以上の説明をまとめると、WCT と WPPT の締結過程において、各加盟国は、インターネット技術の発展に対応するために、著作権者と一部の著作隣接権者に「インタラクティブ送信」をコントロールするための専有権を与える必要があるという点について合意したが、この専有権の国内法への導入について、各加盟国に一定程度の自由が残されている。日本の著作権法はほぼ WCT のアプローチに尊重し、上位概念としての「公衆送信権」を設立した上で、その一形態としての「自動公衆送信」を定めているに対し、中国の著作権法は、放送系の権利を統括する公衆への伝達権という一般的な権利を設けずに「情報ネットワーク伝達権」を定めている。

もっとも、日中著作権法は、WCT8 条後半と WPPT10 条・14 条が規定する「インタラクティブ送信」について異なる理解をしている。日本の場合、立法者の説明によると、条約上の「公衆への伝達」は本来、サーバにデータを蓄積する行為やサーバをネットワークに接続する行為を含まれないところ、WCT8 条後半は特別にこれらの「利用可能な状態にする」行為を明文で規制している¹²⁸。したがって、日本の著作権法上においては、インタラクティブ送信が実際に行われていない段階が「送信可能化」に該当し、送信が実際に行われた場合が「自動公衆送信」に該当する、という文言上の区別がなされている。

興味深いことに、日本の立法者は自動公衆送信行為自体とその前段階である送信可能化を分けて定めている根拠を WCT8 条としているものの、条約の締結過程に携わってきた Ficsor 氏は、「WCT8 条……における『提供』の定義には、オン・デマンド送信を可能にする場合とその可能性によって実際に行われるオン・デマンド送信を含むが、日本の著作権法はこの 2 つの場合を区別しているようである」と指摘している¹²⁹。

これに対し、中国の著作権法において日本法のような区別がなく、インタラクティブ送信が行い得る状態と実際に送信が行われた場合はいずれも文言上の情報ネットワーク伝達行為に該当する。

また、特別な問題ではあるが、放送番組の「インターネット中継」または「インターネット放送」などの行為は、WCT と WPPT の締結過程から見れば、インターネットを経由する「非インタラクティブ」な送信行為であり、WCT8 条の括弧書きが規制するものではないものの、各国の合意によって著作権者や著作隣接権者の専有権の範囲にあるのに対し、日本著作権法に対する起草者説明や学界の通説によれば、日本の著作権法における「自動公衆

¹²⁸ 著作権法令研究会・通商産業省知的財産政策室【編】『著作権法・不正競争防止法改正解説』（有斐閣・1999）60～61 頁。

¹²⁹ Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet* (Oxford University Press, 2002), p. 508.

送信」行為に該当することになる。これは、日本の著作権法において、自動公衆送信を他の公衆送信と区別する基準が、受信者が著作物を受信する時間と場所を選択できるか否かではなく、技術的に見て受信者が実際の「送信」を引き起こすことができるか否かによるからである。他方、中国の著作権法において、本稿第2章第2節において具体的に検討する通り、放送番組の「インターネット中継」や「インターネット放送」はいずれの支分権の定義にも当てはまらないため、さしあたり「その他条項」によって規制するしかない状況となっている。

ちなみに、日本の著作権法は、著作権の範囲としての自動公衆送信行為に送信可能化行為が含まれるという一体化規定が定められている（著作権法23条1項）に対し、著作隣接権について、「著作権との競合を避けつつ、必要な利益確保のチャンスを与えるという著作隣接権制度の趣旨に立って、送信可能化の許諾の際に個々の送信についての実演家の必要な利益を確保すること期待したもの」として、実演家やレコード製作者に自動公衆送信の前段階における送信可能化についてのみ権利を付与した¹³⁰。一方、中国の著作権法においてこのような区別がない。

たしかに、WCTとWPPT両条約は、その定めている最低の保護基準さえ満たせば、権利の名称、位置付け、制限について各加盟国に一定の自由を与えているため、日中両国の著作権法の規定に相違が存在すること自体は許容されている。しかしながら、両国の著作権法の改正過程において、いずれの担当者もWCTとWPPT両条約の原意に従って改正案を決めていたと説明しており¹³¹、また、司法実務においても国際条約に対する理解が法解釈を行う根拠となり得る以上、条約の真意を究明せざるを得ない。以下は、第2章から第4章にかけて立法や判例について整理と分析を行い、日中における自動公衆送信に関する法規範の実際の規制範囲をさらに解明していく。そこで、自動公衆送信の定義規定から、「自動」要件、「公衆」要件、「送信」要件を抽出し、また、情報ネットワーク伝達の定義規定から、「（有線または無線の方式による）著作物の提供」要件、「公衆」要件、「インタラクティ

¹³⁰ 著作権法令研究会・通商産業省知的財産政策室【編】『著作権法・不正競争防止法改正解説』（有斐閣・1999）73～76頁。

http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/old_bunka/chosakuken_index/toushin/1325725.htm、最終アクセス日：2017年12月7日）。

¹³¹ 日本について、著作権法令研究会・通商産業省知的財産政策室【編】『著作権法・不正競争防止法改正解説』（有斐閣・1999）74～76頁。同著作権審議会マルチメディア小委員会（審議経過報告（平成9年2月24日）。中国について、中国人大網「中華人民共和国著作権法釈義」

http://www.npc.gov.cn/npc/flsyywd/minshang/2002-07/15/content_297585.htm（最終アクセス日：2017年12月7日）を参照。

ヴ」(公衆が個別に選択した時間および場所においてこれを入手できる)要件を抽出し、そして、①「自動」要件とこれに対応する「インタラクティブ」要件、②両者の共通する「公衆」要件、③「送信」要件に対応する「著作物の提供」要件を対比しながら検討を行うこととする。そして、要件ごと個別に検討する際に、国際条約の締結過程をも参照して比較研究を行う。以上の作業を踏まえ、国際条約の実施にあたって、日中の国内法規範は如何なる傾向がみられるか、そのような傾向には国際条約の締結過程や国内法の立法過程におけるいかなる要素が働きをかけたかを分析していく。

第2章 日中における自動公衆送信に関する法規範の適用——インタラクティブ要件

第1節 日本

すでに整理した通り、日本の著作権法の文言上、国際条約の締結過程や国内法の立法過程において多用されていた「インタラクティブ」や「オン・デマンド」といった文言は使用されていない。その代わりに、インタラクティブというデジタル通信の特徴を「公衆の求めに応じて自動的に行われる」という文言で表現している。もっとも、1997年著作権法改正のための法律案を提出する前までは、当時の文部省の著作権審議会の議論において、上記の文言ではなく、「リクエストを受けて」や「求めに応じて」といったような文言を使用していた。これはおそらく on demand からの訳であると推測されるが、結果的に、改正著作権法は「求めに応じ」に加えて「自動」という要素をも定義規定に組み込んだ。

I 判例および学説

日本の司法実務において、自動公衆送信行為が認定された事件のほとんどは、インターネット技術に限定せず、自動的に実行可能なまたは行った場合、自動要件の充足が肯定される。たとえば、「選撮見録」事件第一審判決¹³²は、集合住宅向けのビデオレコーダーシステムによるテレビ番組の自動録画・配信サービスについて、当該システムのサーバから入居者のビューワーへの送信が再生の要求に応じて自動的に行われるため、インタラクティブ要件の充足を肯定した。また、ピア・ツー・ピア技術を用いるファイル交換ソフトウェアの開発・運営者の著作権侵害責任が問題となった「ファイルログ」事件¹³³において、利用者が本件ソフトウェアを起動することにより、その好む時だけ開発・運営者のサーバと接続状態を形成してはじめて送受信し得る状態になるにもかかわらず、第一審と控訴審の裁判所はともに、サーバと接続状態にあれば、送信が受信者の求めに応じて自動的に行

¹³² 大阪地判平成 17 年 10 月 24 日判時 1911 号 65 頁 [選撮見録]。

¹³³ 本件原告である日本音楽著作権協会や日本のレコード会社等は被告に対し、著作権侵害（東京地決平成 14 年 4 月 11 日判時 1780 号 25 頁 [ファイルログ I]、東京地判平成 15 年 1 月 29 日判時 1810 号 29 頁 [同中間判決]、東京地判平成 15 年 12 月 17 日判時 1845 号 36 頁 [同第一審]、東京高判平成 17 年 3 月 31 日平成 16 年（ネ）第 405 号 [同控訴審]）と著作隣接権侵害（東京地決平成 14 年 4 月 9 日判時 1780 号 71 頁 [ファイルログ II]、東京地判平成 15 年 1 月 29 日平成 14 年（ワ）第 4249 号 [同中間判決]、東京地判平成 15 年 12 月 17 日平成 14 年（ワ）第 4249 号 [同第一審]、東京高判平成 17 年 3 月 31 日平成 16 年（ネ）第 446 号 [同控訴審]）を理由に訴訟を提起した。本稿は上記両訴訟を合わせて「ファイルログ」事件と呼ぶ。

われることを理由としてインタラクティブ要件の該当性を肯定した。さらに、「まねき TV」事件¹³⁴において、1 対 1 の送信機能しか有しない市販品装置を利用してテレビ番組をインターネットで同時再送信するサービスについて、送信可能化権または公衆送信権侵害を否定した第一審や控訴審判決でさえ、事実認定として当該市販品装置が「自動的に送信する機能を有する」と認定している。同事件原審判決を覆して当該転送サービスの自動公衆送信の該当性を肯定した上告審判決も本件装置を「受信者からの求めに応じ自動的に……送信する機能を有するもの」とであると明言した。

その反面、「スターデジオ I」事件¹³⁵において、適法な商業用レコードを利用して、音楽のジャンルを細分化した上で、それぞれのジャンルにつき同じ曲目セットを短い間に繰り返してデジタル方式で行う衛星放送サービスについて、原告はこれがプッシュ型のインターネット放送¹³⁶と実質的に同じものであるとして自動公衆送信に該当する、あるいは少なくとも「放送」に該当しない¹³⁷と主張しているものの、裁判所は、「同一の内容の送信が同時に受信される」という著作権法における「放送」の定義が「一義的に明確である」として、当該サービスが放送に該当し、商業用レコードの二次使用に関する権利制限規定を適用すると判断した。そして、原告が主張する「プッシュ型のインターネット放送」との実質論について、裁判所はやはり「放送」と「自動公衆送信」とは明確に区別された定義規定であるとして退けた。

要するに、送信行為の発生が受信者の「求めに応じて自動的に」行われるか否かという放送と自動公衆送信の区別は客観的に送信技術を観察すれば簡単に判明できるため、司法実務において判断が別れることはほぼないと思われる。

他方、学説においても、インタラクティブ要件について説明する際に、「オン・デマン

¹³⁴ 東京地判平成 20 年 6 月 20 日民集 65 巻 1 号 247 頁 [まねき TV]、知財高判平成 20 年 12 月 15 日民集 65 巻 1 号 353 頁 [まねき TV 控訴審]、最判平成 23 年 1 月 18 日民集 65 巻 1 号 121 頁 [まねき TV 上告審]。

¹³⁵ 東京地判平成 12 年 5 月 16 日判時 1751 号 128 頁 [スターデジオ I]。

¹³⁶ 原告が主張するプッシュ型のインターネット放送とは、「視聴者が同一のジャンル等を選択する限りにおいて、同一の内容がほぼ同時に公衆に送信され、サーバーにアクセスする作業は自動的に行われ、視聴者がその都度自分の手で操作を行わないものである」（東京地判平成 12 年 5 月 16 日判時 1751 号 128 頁 [スターデジオ I] における争点 2 に関する原告の主張を参照）。

¹³⁷ 当該サービスが「放送」に該当すれば、レコード製作者である原告は当該放送業者に対して利用禁止権を有せず、二次使用料を請求する権利しかないため、当該サービスの差し止めを請求することができなくなる（著作権法 97 条）。

ド」や「インタラクティブ」などの外来語を用いることが多い¹³⁸が、これ以上の説明が少なく、単に WCT や WPPT がインタラクティブ送信による公衆への伝達に対する排他権を設けるという加盟国の義務を履行するや日本著作権法における送信系の概念を整理するためであると説明されている¹³⁹。また、「自動」という言葉自体には、他の力によらずに自らの力で動くことや定められた操作を行うと機械が自ら動くとの2通りの意味を有するが、これについて公衆の「求め」の行為によって自動的に送信可能な状態から送信が実際に行われることになると理解するのが大方の見解であり、したがって、公衆の求めに応じて手作業（たとえばファクシミリや電子メールなど）で送信することが「自動公衆送信」以外のその他の公衆送信行為に該当することになる¹⁴⁰。

II 検討

自動公衆送信に関する裁判例を俯瞰した結果、日本著作権法において、インタラクティブ要件が争点になることが極めて少ないといえることができる。これは、著作権法の条文上、人間による格別の操作がなく単に機械や装置など自らの力で動くことを意味する「自動」という言葉を用いることによって、インタラクティブ要件の判断は送信が実際に行われる際に送信者の格別の操作が必要か否かを見ることで容易に行われるからであると思われる。

もっとも、このような峻別した基準自体の妥当性に対して疑問視する見解も存在する。たとえば、上記の「スターデジオ I」事件において、裁判所は、「本件番組の公衆送信の実態を前提とすれば……実質的な利益の不均衡が生じているとの原告らの主張も理解できないではないが……法律の解釈論の枠を超えるものといわざるを得ない」と補足している。したがって、「デジタルコンテンツの利用と流通の適切なルール作り」が期待されている¹⁴¹。

¹³⁸ 加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』（著作権情報センター・2013）39 頁によると、「オン・デマンド」と「インタラクティブ」は同じ意味において使用されており、ただ 1996 年頃から先進国を中心に、「インタラクティブ」という言葉が多用されるようになったにすぎない。

¹³⁹ 田村善之『著作権法〔第 2 版〕』（有斐閣・2001）181～182 頁。加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』（著作権情報センター・2013）39～40 頁、作花文雄『詳解著作権法〔第四版〕』（ぎょうせい・2010）269～270 頁、中山信弘『著作権法〔第 2 版〕』（有斐閣・2014）257 頁、半田正夫・松田政行編『著作権法コンメンタール 1』（勁草書房・2009）187～189 頁など。

¹⁴⁰ 加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』（著作権情報センター・2013）40 頁。

¹⁴¹ 松浦康治＝黒河内明子「スターデジオ事件 著作権隣接権侵害差止請求事件」パテント 55 巻 7 号（2002）72 頁。

また、「スターデジオリ」事件のように、客観的に技術を観察すれば自動公衆送信ではなく放送（または有線放送）に該当するものの、実質論を展開すれば自動公衆送信と同じ機能を有するサービスがある一方、客観的に技術を観察すれば放送または有線放送ではなく自動公衆送信に該当するものの、実質的に放送または有線放送と同じ役割を果たす場合もある。いわゆる「IP マルチキャスト」は後者の場合に属する。IP マルチキャスト (Internet Protocol Multicast) 技術を利用する場合、送信者がある特定の IP アドレスまでに著作物を送信し、ユーザーがその必要に応じて当該 IP アドレスに接続して著作物を利用することができる。これは、通常のインターネット放送に比べて、純粹の意味の 1 対多的送信ではないため、通信回線への負担が著しく低減される。そこで、IP マルチキャスト技術を利用して放送番組を同時再送信するサービスが自動公衆送信に該当するか放送に該当するかに関する議論は 2006 年著作権法改正をもたらした。具体的に説明すると、問題の発端は 2003 年にある通信会社が上記サービスを開始したことにある。同会社は、自ら電気通信役務利用放送法の登録を受けた上で同サービスについて著作権団体と権利処理を行おうとしたところ、有線放送としてではなく、自動公衆送信としてより高額な料率を要求された¹⁴²。また、ある山間部の難視聴を解消するために行われる IP マルチキャスト技術による同時再送信も、著作権団体や放送局に「自動公衆送信」と主張された。この 2 種類のサービスは、その実質に鑑みれば有線再送信サービスに等しいといえることができるが、使用される技術は IP マルチキャストであるため、前者は高い著作権使用料を要求され、後者は著作権法 38 条 2 項における非営利有線放送に関する制限規定を適用できなくなることになる¹⁴³。これらの事情を受けて、2006 年著作権法改正は、「IP マルチキャストによる同時再送信の円滑化」という趣旨の下で、放送対象地域内における同時再送信に関して著作隣接権者の送信可能化権を制限し、権利者への補償金の支払いを義務づける一方、非営利かつ無料で行われる放送の同時再送信に関して著作権者と著作隣接者の公衆送信権または送信可能化権を制限した。

このように、自動公衆送信におけるインタラクティブ要件の判断の明確さがゆえに、その柔軟性が欠けており、急速に発展する通信技術に対応するために早急な法改正が迫られることがある。のみならず、同要件の柔軟性のなさも、後述の送信要件とりわけ送信主体の判断を複雑にさせ、ときには規範的解釈論を行わざるを得ないことになる。

¹⁴² 大田昌孝「日本でのインターネット放送事始」情報処理学会研究報告コンピュータセキュリティ (CSEC) 71 号 (2007) 95～98 頁。

¹⁴³ もっとも、難視聴の解消のサービスについて、当時の著作権団体や放送局は自動公衆送信と主張したものの、非営利である以上、権利主張をしないことにした。

第2節 中国

日本法上の自動公衆送信であれ、中国法上の情報ネットワーク伝達であれ、著作物を予めインターネット上のサーバにアップロードし、ユーザーがいつでもどこでもこれにアクセスすることができるという利用方法がその典型的な例であることに異論がなかろう。しかしながら、インターネット中継やネットカフェによる著作物の提供など、ユーザーが特定の著作物の内容にアクセスする時間または場所を選択する相対的自由しか有しない場合に行われる送信は、なお中国著作権法上のインタラクティブ的送信であるか否かについては、議論を呼ぶところである。

I 送受信の時間が特定されている場合

1. インターネット放送の場合

「寧波成功訴北京時越」事件¹⁴⁴において、テレビドラマの製作者から中国大陸地区における情報ネットワーク伝達権の独占的許諾を受けた¹⁴⁵原告は、インターネットを通じて自ら設定した番組表に従って当該テレビドラマのネット放送を無断に行った被告を、その独占的な情報ネットワーク伝達権を侵害したとして訴えた。第一審裁判所は、被告のサービス利用者はその個別に選択した時間に、ドラマの全部あるいは任意の一部を見ることができるわけではないが、その選択した時間に放送されている部分を見ることができるとして、被告の行為が情報ネットワーク伝達権を侵害する行為であると認定した。同判決はその後、控訴審判決によって取り消されたが、権利侵害の成否に関する判断が否定されたわけではなく、単に損害賠償金の額が高すぎるとされた。また、「北京瑞亜訴我楽」事件¹⁴⁶において、傍論ではあるものの、裁判所は、インターネット、イントラネット、IPTV、デジタルテレビ等を通じて著作物を番組表に従って放送する行為が情報ネットワーク伝達権の権利範囲内であると明言している。

上記の「寧波成功訴北京時越」事件は、事前に決められた番組表に従って著作物をインターネットで送信する行為が情報ネットワーク伝達行為に該当するか否かという論点に関する初めての事件である。その後、同じ論点が争われた事件は幾つかあるが、裁判所の意見が分かれている。

¹⁴⁴ 第一審：北京市海淀区人民法院（2008）海民初字第4015号。控訴審：北京市第一中級人民法院（2008）一中民終字第5314号。

¹⁴⁵ 本件の原告は著作権者と締結した契約により、独占的情報ネットワーク伝達権を許諾されたが、契約当事者の本意はインターネットを経由する著作物の伝達に関する全ての権利こそ契約の目的物であるということが法廷審理において初めて判明された。

¹⁴⁶ 北京市朝陽区人民法院（2010）朝民初字第02394号。

これらに対し、「安楽訴北京時越」事件¹⁴⁷において、やはり予め決められた時間に従って映画著作物のインターネット放送行為について、裁判所は、原告に「有線または無線の方法により、予め決められた時間割に従って公衆に著作物を提供する権利」を有すると認定した上で、被告のインターネット放送行為が原告の上記権利を侵害したと判断した。これは、いわゆる「その他条項」を適用した判決ということができる。

また、インターネット技術を利用した送信行為に関する事件ではないが、「広電総局訴網尚文広」事件¹⁴⁸において、情報ネットワーク伝達権の利用許諾を受けた被告が有線デジタルテレビで原告の有する映画著作物を放送したことが著作権侵害になるか否かについて、裁判所は、デジタルテレビによる放送が情報ネットワーク権の範囲内にあるという被告の主張を退け、原告の有する放送権に対する侵害が成立すると認定した。その理由は、有線デジタルテレビかインターネットかという技術基準に基づくものではなく、当該デジタルテレビの放送を受信する公衆がその個別に選択する時間において著作物を獲得することができないからとしている。この論理をインターネット放送に照らしてみれば、インターネット放送も上記要件を満たさないため情報ネットワーク伝達権の範囲に属さないという判断結果になろう。

2. テレビ番組のインターネット同時転送の場合

上記の通り、伝統な放送と同じように、事前に決められた番組表に従って著作物をインターネットで放送する行為の法的性質について、裁判所の判断は別れている。このような判断結果の齟齬は、いわゆるインターネット同時転送サービスについても見られる。

たとえば、「央視国際訴世紀龍Ⅰ」事件¹⁴⁹において、裁判所は被告が行ったテレビ番組のインターネット中継について単に情報ネットワーク伝達権を侵害すると判断した¹⁵⁰。また、「央視国際訴世紀龍Ⅱ」事件¹⁵¹、「央視国際訴鴻波」事件¹⁵²の判決も同じ趣旨を述べている。「央視国際訴広州網易」事件第一審判決¹⁵³は、原告のテレビ番組についてインターネット同時転送サービスも、放送終了後のオン・デマンド送信サービスも行った被告の行

¹⁴⁷ 北京市第二中級人民法院（2008）二中民初字第 10396 号。

¹⁴⁸ 第一審：北京市海淀区人民法院（2010）海民初字第 11642 号。控訴審：北京市第一中級人民法院（2010）一民終字第 20476 号。

¹⁴⁹ 広州市中級人民法院（2008）穗中法民三初字第 352 号。

¹⁵⁰ もっとも、同事件における被告は、権利の帰属や中継されたテレビ番組の著作物性について争ったものの、情報ネットワーク伝達の該当性について何も主張していない。

¹⁵¹ 広州市中級人民法院（2010）穗中法民三初字第 196 号。

¹⁵² 深セン市南山区人民法院（2011）深南法知民初字第 244 号。

¹⁵³ 広州市天河区人民法院（2013）穗天法知民初字第 842 号。

為について、情報ネットワーク伝達権とその他の著作権に対する侵害であると認定したが、その後の控訴審¹⁵⁴において、原審の結論が維持されたものの、判決理由に情報ネットワーク伝達権の侵害のみにについて書かれている。

これに対し、ほぼ同様な事案に関して、「央視国際訴上海激動」事件判決¹⁵⁵は、被告の行為が原告の有する「相関著作権」を侵害し、相応の民事責任を負うべきであると判断した。同判決において明言されていないものの、インターネット中継サービスが著作権法上の情報ネットワーク伝達行為の定義に当てはまらないと考えた上であえて「相関著作権」という曖昧な用語を使用したのではないかと思われる。同じく「インターネットを通じて」公衆に伝達し、放送する「相関権利」という曖昧な表現を使用して著作権侵害を認めたのは「央視国際訴北京時越」事件¹⁵⁶もある。そして、「央視国際訴上海衆力」事件判決¹⁵⁷は、同種のサービスについて「情報ネットワーク伝達権が定める情報ネットワーク行為に該当しないと明言した上で、「その他条項」を適用して著作権者の利益を保護すべきであると判示した。さらに、「央視国際訴北京我愛聊」事件判決¹⁵⁸も、原告が原始的著作権者から許諾を受けた権利が「情報ネットワーク伝達権にも放送事業者の権利にも完全に包含され、対応することができないが、……原告がその著作権法における保護すべき権利や不正競争防止法における保護すべき利益を有することを否定できない」ことを理由に、原告の「相関権益」が侵害されたと認定した¹⁵⁹。その後の控訴審において、裁判所は改めて放送権や放送事業者の権利に関する原告の請求を退けたが、不正競争行為が成立するとして原審判決を維持した¹⁶⁰。

この他、1 件のみに止まるが、「央視国際訴青島雲瑞迅傑」事件¹⁶¹において、裁判所は、テレビ番組のインターネット転送サービスが「放送」行為に該当するとして、原告の著作権者及び著作隣接権者として有する放送権に対する侵害を肯定した。

¹⁵⁴ 広州市中級人民法院（2014）穗中法民知終字第 1144 号。

¹⁵⁵ 上海市浦東新区人民法院（2011）浦民三（知）初字第 168 号。

¹⁵⁶ 北京市東城区人民法院（2013）東民初字第 09641 号。

¹⁵⁷ 上海市浦東新区人民法院（2013）浦民三（知）初字第 241 号。

¹⁵⁸ 北京市海淀区人民法院（2013）海民初字第 21470 号。

¹⁵⁹ 興味深いことに、同じ審判廷が同日に下した前記事件と同じ両当事者に関する他の 2 件の事件について、テレビ番組のインターネット中継を放送行為、テレビ番組のオン・デマンド送信を情報ネットワーク伝達行為とそれぞれ判断した（前者について北京市海淀区人民法院（2013）海民初字第 21471 号、後者について北京市海淀区人民法院（2013）海民初字第 21472 号を参照）。

¹⁶⁰ 北京市第一中級人民法院（2014）一中民終字第 3199 号。

¹⁶¹ 青島市中級人民法院（2013）青知民初字第 232 号。

3. 分析

以上に俯瞰したように、インターネット放送であれいわゆるウェブ中継であれ、司法実務において、著作権の権利範囲内にあるという点について相違はないが、それらの法的性質について意見が別れた判決が下されている。

もっとも、このうち、インターネット放送の著作権法上の性質について、2010年までに司法実務の意見が別れていたが、その後この論点に関する議論は収まりつつある。その後には、2010年5月17日に通過された「北京市高级人民法院關於網絡著作權糾紛案件若干問題的指導意見（一）（試行）」が公布されたことがあるからと考えられる。同意見の二（一）10は、「インターネット・サービスの提供者がインターネットを通じて予め設定した時間割によって公衆に対して著作物をオンライン放送する行為は、情報ネットワーク伝達行為に該当せず、これについて著作権法10条1項17号を適用すべきである」と定めている¹⁶²。形式上、同「意見」は法的拘束力がなく、あくまで北京市高级人民法院の管轄領域内の下級裁判所にとってのガイドラインのような存在にすぎないが、当該地域内の著作権事件の数が多いことに鑑みると、北京市の裁判所のみならず、それ以外の地域の裁判所にも影響を及ぼす可能性が十分にあると思われる。

一方、テレビ番組のインターネット同時転送サービスの法的性質について、北京や上海の裁判所のほとんどは、放送でも情報ネットワーク伝達でもなく、さしあたり「その他条項」を活用しているように見える。これもまた、上記の意見の影響を受けたのではないかと推測される。これらに対し、広東省の裁判所は、いまだ送信時間の限定をもってインタラクティブ要件を否定することなく、情報ネットワーク伝達権の範囲を広く解釈している。

司法実務は、情報ネットワーク伝達権、または放送権、もしくはその他の権利との幾つかの支分権を選択して事件を処理してきたのに対し、この論点に関する学説に目を転じると、諸説は、受信者が自由に受信時間を選択できないことを理由に、この種のサービスが明らかに著作権法上の「情報ネットワーク伝達」行為に該当しないという点について一致している。しかしながら、司法実務において如何なる解釈論を採用すべきかについて以下のように意見が別れている。

まず、「複製権と頒布権説」¹⁶³によると、ウェブ中継やインターネット放送は非インタラクティブな伝達であるため、情報ネットワーク伝達権の範囲に属せず、これについて複製権あるいは頒布権の拡張解釈によって規制すべきである。こうすれば、WCTやWPPTにおけるインタラクティブ送信の定義に矛盾しないで済むだけではなく、むしろ伝統的複製権

¹⁶² これに賛同する見解として、王遷『著作権法』（中国人民大学出版社・2015）198頁がある。

¹⁶³ 李旭「信息网络传播权考略」網絡法律評論 2009年1期 18～30頁。

や頒布権の概念を拡張解釈することが解釈論的に最も望ましいというのである。これに対し、「放送権の類推適用説」¹⁶⁴は、インターネット経由の非インタラクティブな送信と現行の著作権法における放送との唯一の相違点が通信技術のみであり、本質的に同じ利用形態であるため、「同質な物事に同じ法的評価を与えるべき」という視点から、放送権の規定を類推適用して当該行為を規制することこそ正当である、と主張する。ここで説明する必要があるのは、中国の著作権法における「放送権」とは、無線の方式を通じて著作物を公に放送または伝達し、または有線の伝達または再放送の方式を通じて放送された著作物を公衆に伝達し、もしくは拡声器その他の符号、音声、画像を伝送する類似の道具を通じて放送された著作物を公衆に伝達する権利である」と定めている（著作権法 10 条 1 項 11 号）。通説によると、この定義が規制するのは、著作物に対する無線放送行為と、当該無線放送を伝統的な有線放送等の手段で再送信する行為であるため、インターネットという新しい技術これらの伝達手段に含まれない。したがって、テレビ番組のウェブ中継は、その実態から見て無線放送に対する有線再放送に類似するが、放送権を類推解釈しない限りこれに適用することができない。

この他、「その他の権利説」¹⁶⁵は、インターネット経由の非インタラクティブ放送が、著作権法が定めているいずれの支分権の範囲も属しないが、著作権者の正当な利益を保護するために、「その他条項」を適用するしかないと主張する¹⁶⁶。

たしかに、司法実務では、インターネットを経由する非インタラクティブな伝達行為について、なお情報ネットワーク伝達権で規制する裁判所が存在するが、このアプローチを採用するために、インタラクティブ要件を解釈するにあたって、受信者が個別に選択した時間および場所においてアクセスできる著作物が、著作物全体ではなくその一部さえあれば十分である、ということを前提としなければならない。さらに、「寧波成功訴北京時越」事件のように 24 時間途切れなくインターネット放送を行う場合ではなくても、一定の時間帯内に選択が可能であれば当該要件が充足されると解することになる。しかしながら、このような解釈を採用すると、たとえば放送のような、視聴者が番組表を参照してテレビ番組を視聴する行為も、その選択した時間に著作物の一部または全部にアクセスできると

¹⁶⁴ 劉軍華「論『通過計算機網絡定時播放作品』行為的權利屬性與侵權之法律適用」東方法学 2009 年 1 期 131～136 頁。

¹⁶⁵ 王遷「論『信息網絡傳播權』的含義——兼評『成功多媒体訴時越公司案』一審判決」法律適用 2008 年 12 期 64～67 頁、岳利浩「『非交互式』網絡傳播行為的法律屬性——『聖火耀珠峰』節目網絡直播侵權案評析」科技与法律 85 卷 3 期（2010）64～66 頁。

¹⁶⁶ その主張の根拠の 1 つは、胡康生『中華人民共和國著作権法釈義』（法律出版社・2002）64 頁。同釈義によると、直接の有線放送は著作権法 10 条 1 項 17 号にいうその他の権利の範囲に含まれる。

言えるため、放送権と情報ネットワーク伝達権の境界線が完全になくなるか、放送権が情報ネットワーク伝達権に完全に吸収されるかという実質的結果になってしまう。したがって、ウェブ中継やインターネット放送のように、送信される内容とその時間が予め決められているという利用形態は、やはり情報ネットワーク伝達権の範囲外にあると理解すべきである。

もっとも、「複製権と頒布権説」が主張するように、複製権と頒布権は伝統的技術環境に対応してきた支分権であり、新技術の発展とともにその権利範囲を再確認ないし拡大する必要があるかもしれないが、いわゆる一時的複製しか伴わないインターネット放送やウェブ中継について複製行為を前提とする複製権と頒布権を適用すると、現行著作権法の立場¹⁶⁷を変更することになるため、法解釈ではなく、立法に譲るべき事項であるといわざるを得ない。

したがって、現行著作権法の下で、インターネット放送やウェブ中継のような送受信の時間が特定されている場合について、著作権の範囲内にあることを前提とすれば、放送権の類推適用や「その他条項」を適用することが最良な策であるといえることができる。

Ⅱ 送受信の場所が特定されている場合

1. 判例と学説

送受信の時間が自由に選択できるが、その場所が特定されている場合はなおインタラクティブ要件を満たすかについても、議論が行われている。たとえば、ネットカフェによる著作物の提供行為について、ネットカフェの利用者はたしかにその選択した時間において著作物を獲得することができるものの、その場所がネットカフェの店内に限られ、かつ、多くの場合に利用できる端末もネットカフェの経営者によって指定される。司法実務において、ネットカフェを含むインターネットによる著作物の提供行為について、そもそも単に「著作権侵害」と認定する判決が多く¹⁶⁸、仮に情報ネットワーク伝達行為と具体的に捉えとしても、ほとんどの裁判所は、「情報ネットワークを通じて」顧客に著作物を「提供」することを理由にしており、そのインタラクティブ要件の該当性に関する分析が行わ

¹⁶⁷ 通説によると、一時的複製は中国著作権法上の「複製」に該当しない。劉春田【編】『知識産権法〔第5版〕』（中国人民大学出版社・2014）76頁〔劉春田氏執筆担当部分〕、李揚『知識産権法基本原理』（中国社会科学出版社・2010）254頁などを参照。もっとも、現行著作権法において一時的複製に関する明文の規定がないため、司法実務において事案によって個別的に処理することができるという主張もある（張平『知識産権法』（北京大学出版社・2015）55頁）。

¹⁶⁸ 惠州市中級人民法院（2013）惠中法民三初字第982号、惠州市中級人民法院（2013）惠中法民三初字第631号。

れていない。たとえば、情報ネットワーク伝達の該当性について、ホテルの VOD サービスが争点となった「寧波成功訴北京昆泰嘉華」事件¹⁶⁹判決は単に、公衆に開放するイントラネットに著作物を置くことでその情報を伝達する行為が情報ネットワーク伝達行為であると判示した¹⁷⁰。

一方、イントラネットによる著作物の提供行為の情報ネットワーク伝達行為該当性に関する研究の中、稀に反対説がみられるが、その趣旨は、「さもないと、あらゆる企業内部のイントラネットにあるあらゆる端末によって共有されるすべてのフォルダに保存されるすべての資料に、情報ネットワーク伝達権によって規制される可能性が生じるため、打撃面が大きすぎる」というものである¹⁷¹。しかしながら、「打撃面が大きすぎる」という同趣旨に鑑みれば、情報ネットワーク伝達権のみならず、イントラネットにおける諸端末の間の送信によって行われる著作物の複製行為も同様に権利の範囲から除外されてしまう。このように、イントラネットとはいえ、それによる著作物のすべての利用形態をセーフにしてまで、著作権を制限する必要があるかについて十分に説明されていない。

上記のような反対説に対し、他の学説のほとんどが肯定説であり、それらの理由は、そもそもインタラクティブ要件における「場所の選択」というものが無制限なものではなく、一定の範囲内において公衆が選択することができればその要件の充足を認めるべきであり、さもないと、たとえば受信可能のエリアからソマリア地域を除くと設定さえすればインタラクティブ要件が否定されることになり、「個別に選択した場所」という要件が実質上機能できなくなる、というのである¹⁷²。さらに、「一定の範囲内」は如何なるレベルまで限定するかについては、1つ以上の端末から著作物を獲得することができれば、「個別に選択した場所」という要件が満たされるとしている¹⁷³。このような論理に基づき、ネットカフェという狭い空間に限定された著作物の獲得は情報ネットワーク行為のインタ

¹⁶⁹ 北京市朝陽区人民法院（2010）朝民初字第 18794 号。

¹⁷⁰ このほかに、北京市第二中级人民法院（2008）二中民終字第 2355 号、広東省広州市中级人民法院（2010）穗中法民三終字第 82 号、海南省高级人民法院（2012）瓊民三終字第 59 号、広東省高级人民法院（2014）粵高法民三終字第 857 号なども同じ趣旨である。

¹⁷¹ 蜀昇「解説『信息网络传播权保护条例』」中国図書商報 2006 年 6 月 29 日 2 面。

¹⁷² 王遷「論在網吧等局域網範圍内傳播作品的法律性質」中国版權 2009 年 2 期 54～55 頁を参照する。これに賛同する見解は数多く、代表的なものとして、馮海波＝趙克「網吧傳播影視作品之行為定性和責任分析」電子知識產權 2010 年 6 期 76 頁、孫国瑞＝王菽「網吧在局域網内播放影視作品的法律責任」電子知識產權 2011 年 3 期 89～91 頁、馬雲鵬「局域網環境下傳播作品問題的定性——『不見不散』信息网络传播权糾紛案評析」科技与法律 2012 年 4 期 54 頁などがある。

¹⁷³ 王遷「論在網吧等局域網範圍内傳播作品的法律性質」中国版權 2009 年 2 期 54～55 頁。

ラクティブ要件を満たすため、大学や図書館など通常より広い空間の場合であっても同じく適用すべきである。

2. 分析

このように、インタラクティブ要件の判断にあたって、時間が特定された場合について学説はインタラクティブ要件が否定されるべきであることに一致しているのに対し、場所が特定された場合において同要件が満たされると考えている。したがって、後者の場合、インタラクティブ要件を充足しないこととなる唯一の例外は、受信できる端末が1つしかなく、かつ、それが特定の位置に配置されているという状況のみである。

しかしながら、限定された場所であっても、著作物を獲得できる端末が1つ以上あればインタラクティブ要件を満たすという基準を採用すれば、情報ネットワーク伝達権と演奏権や上映権の境界線が曖昧となる。たとえば通信カラオケの場合、カラオケ・ボックスの経営者は通常、表演権（著作権法10条1項9号、およそ日本著作権法の演奏権と上演権に相当する）や放映権（著作権法10条1項10号、およそ日本著作権法の上映権に相当する）に関する著作権処理を行わなければならないと思われるが、そのカラオケ・ボックスに1台の受信設備しか設置しない状況は考えにくい。そのため、上記の基準に従うと、経営者の行為は情報ネットワーク伝達行為にも該当するため、実務に混乱をもたらすことが容易に想像できる。また、情報ネットワーク伝達の定義における「個別に選択した場所」という要素を上記のように拡大解釈すれば、その限定的文言の存在意義自体が問われることになる。すなわち、これによって排除されるのは、たとえば特定の場所に1台の端末を設置して、当該端末を使用すれば誰でも当該端末を経由して著作物にアクセスできるような場合のみであるが、このような区別を行う実益はほぼないではないかと思われる。

要するに、特定の経営場所に限定した著作物の送信行為が、情報ネットワーク伝達におけるインタラクティブ要件を満たすと解釈することは、明らかに定義の文言に違反することになり、上記の「送受信時間が特定された場合」と二重基準となってしまうため、法解釈的には望ましくないだけでなく、著作権の取引実務にも混乱をもたらしかねないと思われる。

第3章 日中における自動公衆送信に関する法規範の適用——公衆要件

第1節 日本

「公に」または「公衆」要件（以下「公衆要件」に統一）が含まれる支分権に対して説明する際に、不特定の者または特定かつ多数の者というような、定義規定とほぼ一致している表現に止まる場合が多い。もっとも、公衆要件の成否が争点となった事件を契機として、公衆要件の判断の枠組み、「不特定」の判断基準、「多数」の判断基準といった検討が行われてきた。

I 判断の枠組み

1. 判例

ここでいう判断の枠組み問題とは、如何なる視点から公衆要件を判断すべきなのかというものであり、具体的には、行為の主体の判断とは独立して著作物の需要者が公衆であるか否かを判断する枠組みと、行為主体の視点から見た著作物の需要者が公衆であるか否かを判断する枠組みのいずれを採用すべきであるかという問題である¹⁷⁴。従来の裁判実務においては、前者を採用してきたように見える。

たとえば、P2P ソフトウェアを開発し、それを利用したサイトを運営する者が著作権侵害と訴えられた「ファイルログ」事件においては、P2P ソフトから見ても、開発経営者やP2P ソフトの使用者から見ても、受信者が不特定多数の者であったため、裁判所は、本件における送信は自動公衆送信に該当すると認定した上で、被告がこれを行った主体であると判示した。

また、集合住宅向けの放送番組録画システムの設置者が著作権（複製権と公衆送信権）侵害及び著作隣接権（送信可能化権）侵害の責任を争われた「選撮見録」事件¹⁷⁵においても、このシステムは多数の受信者に対して送信する機能を有するため、送信の主体と認定された被告からはもちろん、当該システムから見ても、公衆要件は満足されと言わざるを得ないと判断された。同事件の第一審と控訴審のいずれも、複製、公衆送信、送信可能

¹⁷⁴ 本稿とは異なり、自動公衆送信に限らず、著作権法における公の利用行為について、その共通要件である「公に」または「公衆」概念を検討する際に、判断の枠組みを「個別検討型」と「総合衡量型」との2種類に整理するものとして、平澤卓人「著作権法における『公に』及び『公衆』概念の限界——幸福の科学祈願経文事件」知的財産法政策学研究 46号（2015）345～385頁を参照。

¹⁷⁵ 大阪地判平成17年10月24日判時1911号65頁〔選撮見録〕、大阪高判平成19年6月14日判時1991号122頁〔同控訴審〕。

化行為の存在を認めた上で、被告の法的責任を肯定した。

さらに、動画投稿サイトの運営者について著作権侵害の主体性が問題になった「TV ブレイク」事件¹⁷⁶においては、前提となる事実として、複製と公衆送信が行われていることについて当事者の間で争いがなく、送信の主体についてのみ判断がなされた。これもまた、動画投稿サイトの運営者であれ、自動的に送信する装置たるインターネットにつながっているサーバであれ、いずれの観点から見てもサービスユーザーが公衆であることに疑いがない事案であったために、公衆要件該当性が争点とならなかったのであろう。

これらの事件では、著作権法上の利用行為の主体について判断する前に、利用行為自体の存在が確認されている。結果的に、権利侵害の判断にあたって、送信装置が公衆に向けられたものであることが（無意識的なものを含めて）前提とされており、その意味で、主体の問題とは切り離して、送信装置の機能にのみ着目するという「装置基準」が採用されていると評価することが許されるかもしれない。

しかしながら、これらの事件において問題とされた送信装置はいずれも受信者を限定する機能を有していなかったという共通点が見られる。このような事情がない事案で初めて問題になったのは「MYUTA」事件¹⁷⁷であり、そこで、裁判所は、判断の手順の点において、従前の裁判例とは異なるアプローチを採用している。

「MYUTA」事件において問題となったサービスは、受信者は自分が被告のサーバに蔵置した音源データのファイルにしかアクセスできないので、送信の装置（サーバ）から見れば、受信者は公衆ではないとも評価しうるものであった。しかし、裁判所は、公衆送信該当性を肯定した。「公衆送信とは、公衆によって直接受信されることを目的とする（著作権法 2 条 1 項 7 号の 2）から、送信を行う者にとって、当該送信行為の相手方（直接受信者）が不特定または特定多数の者であれば、公衆に対する送信に当たることになる」というのである。

そして、この争点について最高裁判所が初めて判断を行ったのは「まねき TV」事件である。同事件において、1 対 1 の送信機能しか有しない装置を利用し、受信した放送電波をデジタル信号に変更しインターネット転送を行うサービスは、著作権法上の自動公衆送信に該当するか否かという争点について、第一審・東京地裁は、公衆要件を判断する際に、「送信を行う者にとって、当該送信行為の相手（直接受信者）が不特定又は特定多数の者であれば、『公衆』に対する送信に該当するものと解される」、という基準を示した。この基準に基づき、第一審判決はただちに送信主体の判断に入った。この文言に鑑みると、東京地裁は、「MYUTA」事件判決と同様に、送信装置から見た受信者が物理的な観点に立脚す

¹⁷⁶ 東京地判平成 21 年 11 月 13 日判時 2076 号 93 頁 [TV ブレイク]、知財高判平成 22 年 9 月 8 日判時 2115 号 102 頁 [同控訴審]。

¹⁷⁷ 東京地判平成 19 年 5 月 25 日判時 1979 号 100 頁 [MYUTA]。

るのみでは「公衆」といえない場合において、送信主体の判断を先行させたものと評価することができる。第一審判決は、最終的な送信主体の所在の判断について上告審判決と異なる帰結に到達したものの（第一審判決は受信者が主体、上告審判決は転送業者が主体）、判断の手順自体に関しては同じアプローチを採用しているということができる¹⁷⁸。

これに対し、控訴審・知財高裁は、「自動公衆送信装置」該当性の具体的な判断手法に関しては第一審判決と袂を分かち、当該装置自体が公衆に対して送信を行う機能を有するものでなければならないと判示した。すなわち、控訴審判決は、事案の異なる「ファイルログ」事件、「選撮見録」事件及び「TV ブレイク」判決と同様、送信の主体を判断する前に、客観的に自動公衆送信装置ないし自動公衆送信行為の存在を判断することができる、と考えていると評価することができよう。この立場の下では、個々送信装置は物理的には1対1的に情報を伝達する機能しか有しないため、自動公衆送信装置とはいえないことになる。

しかし、上告審・最高裁は、判断手順に関して、第一審判決と同様、送信主体の判断を先行させるというアプローチを採用している。特に、上告審判決は、自動公衆送信を行う前提である「自動公衆送信装置」を論じる際に、あえて「当該装置に入力される情報を受信者からの求めに応じ自動的に送信する機能を有する装置」という文言を使っており、「公衆」という文言を意図的に避けている。このように、「自動送信装置」を用いたという判断だけを先行させ、それが公衆向けのものであるのか否かという問題に対する評価が控えられる場合には、当該装置を用いて送信を行う主体が誰であるのかということが、「公衆」要件該当性の判断に関わってくることになる。

以上に示した裁判例の趨勢をまとめておこう。送信装置から物理的に見た受信者が多数いたために、送信装置が公衆向けであることが明らかであった事案では、特に送信主体が誰であるのかという判断を先行させることなく、自動公衆送信行為の存在がまず確認されている。しかも、これらの事件では、送信主体から見ても、物理的に多数の受信者を相手にしていることが明らかであったために、自動公衆送信装置の該当性を先に判断するのか、あるいは送信行為の主体を先に判断するのかという判断の手順の問題を議論する実益がなかったといえる。これに対し、「MYUTA」事件や「まねき TV」事件のように、送信装置から見た受信者が限定されているために、物理的な観点のみに立脚し「公衆」該当性を肯定しえない場合には、裁判所は、「送信行為」の主体（「自動公衆送信行為」の主体ではない）の判断を先行させたということができる¹⁷⁹¹⁸⁰。

¹⁷⁸ 同様の理解として、奥邨弘司「判例研究：まねき TV 事件最高裁判決について」AIPPI56 巻 9 号（2011）29 頁、山門優「最近の著作権裁判例について」コピライト 610 号（2012）7 頁がある。

¹⁷⁹ また、「まねき TV」事件と同じく放送番組の転送サービスに関する事案である「ロクラ

2. 検討

(1) 法規範の意義という視点から

「まねき TV」上告審判決が提示した基準について、多くの学説は、公衆要件の判断枠組みとしてではなく、自動公衆送信装置の判断基準として議論している。このうち、上告審判決の調査官は、単に条文の文言に基づけば送信の主体が誰であろうと自動公衆送信装置自体に公衆性要件が必要であるという考え方があり得るということを認めつつ、しかし、起草者の意図¹⁸¹に基づけば、物理的に「1 対多」の送信機能があることが自動公衆送信装

ク II」事件（東京地判平成 20 年 5 月 28 日判時 2029 号 125 頁 [ロクラク II]、知財高判平成 21 年 1 月 27 日民集 65 卷 1 号 632 頁 [同控訴審]、最判平成 23 年 1 月 20 日民集 65 卷 1 号 399 頁 [同上告審]）においては、原告の主張は複製権侵害であり、公衆送信権侵害が含まれなかったため、公衆の要件は争点とならなかった。同事件においても、被告は「1 対 1」送信の機能がある装置を用いて主に海外の受信者にテレビ番組の送信を行った。ただ送信の装置は被告の製品であるという点、そして被告のサービスは受信者に録画されたテレビ番組を送信することであるという点のみが、「まねき TV」事件と相違する。同事件の原告が仮に公衆送信権侵害あるいは送信可能化権侵害を理由として訴えていたのであれば、本件と同じように公衆の要件に関する検討が必要となったといえよう。

¹⁸⁰ もっとも、「まねき TV」事件は、「1 対 1」的に送信する機能に限定された自動送信装置を用いて公衆に対する送信を行った行為が問題となった事件である。これに対して、従来の自動公衆送信に関わる事件の多くで問題とされた物理的に「1 対多」型の送信装置を用いた公衆に対する送信に関しては、「まねき TV」事件上告審判決のように、敢えて自動公衆送信の判断手順を明示する必要はない。たとえば、同判決後に下された「ジェーネットワーク」事件判決（東京地判平成 23 年 9 月 5 日判時 2153 号 93 頁 [ジェーネットワーク]）は、自動公衆送信装置にいう公衆の要件について上記最高裁判決と同様の論理を用いたが、同事件の送信装置は「1 対 1」的に送信する機能を持たず、上記最高裁判決の論理を使わなくても、公衆要件を肯定することができたはずである。したがって、特に「1 対 1」的に送信する機能がある自動送信装置を用いた場合にこそ、送信主体の判断を先行させるという判断手順に従う実益が生じる。

¹⁸¹ 加戸守行『著作権法逐条講義〔五訂新版〕』（著作権情報センター・2006）70 頁。もっとも、北村行夫「著作権侵害訴訟をどのように扱うか——まねき TV 事件を手掛かりとして」自由と正義 62 卷 8 号（2011）52 頁は、「70 頁にかような説明が存在しない」、「あるのは、『特定多数』における『特定』に関する記述の中で行為者との関係を述べておられる」と述べ、起草者意図に対する調査官の理解を批判している。しかしながら、前記起草者の説明の冒頭に、「一般に『公衆』という用語は、法律上ア・プリオリに使われており

置の要件となるものではないと説明している¹⁸²。この他にも、最高裁の判断に賛成する見解のなかには、「1 対多」の送信機能を有することを自動公衆送信装置の要件としてしまうと、「自動公衆送信装置を定義する技術的な特性を厳格に画」することになる結果、「送信可能化が認められる範囲は狭く」なり、WCT 及び WPPT が定める「利用可能化権」との整合性を欠いてしまうことになる、と指摘するものがある¹⁸³。また、控訴審判決における判断枠組みに反対するものとして、「機器の自動公衆送信装置該当性は送信（行為）主体を決定しなければ本来明らかにできないと考えられる」という見解も存在する¹⁸⁴。さらに、自動公衆送信も公衆送信行為の 1 つであり、「行為は元来、人間が行うものであって、機器や装置が行うものではない」ことなどを理由に、送信主体基準に賛成する見解¹⁸⁵がある¹⁸⁶。

ますが、行為者の立場からみた相手方が不特定人である場合に当該不特定人を指して『公衆』といい、結果的には多数人であるときが多い」という一般論が述べられており、この一般論とその後の「特定」に関する説明を合わせ読んだ結果、調査官解説は、支分権における公衆性は行為者との関係から判断すべきだという考え方が起草者の見解であると理解しているのではないと思われる。また、半田正夫・松田政行【編】『著作権法コンメンタール 1』（勁草書房・2009）360 頁〔伊藤真氏執筆担当部分〕も、特定かつ多数の者を含むという、日常用語より広い著作権法上の公衆定義を説明する前に、一般用語としての公衆は、「行為者からみて、行為者と特別の関係を有しない不特定の第三者または特定多数の第三者の意味で用いられている」と述べている。

¹⁸² 山田真紀「最高裁重要判例解説（まねき TV 事件）」Law & Technology 51 号（2011）102 頁。これに与するものとして、大西千尋「まねき TV・ロクラク II 最高裁判所判決についての一考察」NBL960 号（2011）49 頁。

¹⁸³ 茶園成樹「自動公衆送信・送信可能化概念とまねき TV 事件最高裁判決」中山信弘ほか編『知的財産権 法理と提言——牧野利秋先生傘寿記念論文集』（青林書院・2013）1123 頁。

¹⁸⁴ 青木大也「市販の機器を用いた番組転送サービスの適法性——まねき TV 事件控訴審判決」ジュリスト 1410 号（2010）129 頁。

¹⁸⁵ 奥邨弘司「判例研究：まねき TV 事件最高裁判決について」AIPPI56 巻 9 号（2011）30 頁。

¹⁸⁶ この他、泉克幸「著作権法上における自動公衆送信装置および同装置による送信の主体——まねき TV 事件上告審判決——」知財管理 61 巻 9 号（2011）1384～1385 頁）は、「1 対 1」送信機能しか有しない留守番電話を利用して入力された情報を多数の者に聞かせるサービスを例に挙げ、控訴審判決が採用した「1 対多」送信機能基準を採用してしまうと、このようなサービス業者の責任を問うことが難しくなってしまうことを問題視している。もっとも、送信装置基準を採用した控訴審判決の論理によっても、ある装置の機能を評価

もっとも、上告審判決が用いた「当該装置を用いて行われる送信が自動公衆送信であるといえるときは、自動公衆送信装置に当たる」という文言について、ただの循環論法や言葉のトリックにすぎないという反対意見¹⁸⁷も有力である。これらの意見に対しては、たしかに上告審判決の文言は「典型的な循環論法であるとの印象を与える」が、当該文言後に続く論旨や判決の基本的な枠組みに鑑みると、上記の文言が示したのは、送信装置が1対1の送信機能しか有しなくても自動公衆送信を行いうることにすぎない、という再反論¹⁸⁸も行われている。本稿にとって、上記の循環論法という批判は、上告審判決の論理に対する誤解に基づくものであるように思われる。上告審判決が強調したのは、自動公衆送信装置の使用に関する認定が、自動公衆送信行為を判断する前提とならなければならないものではなく、むしろ送信可能化行為を判断する前提として行われるべきものであるということ、そして、自動公衆送信装置の該当性を判断するには、自動公衆送信行為の判断を先行させなければならないということである。要するに、上告審判決が示した自動公衆送信の判断手順は、自動公衆送信→自動公衆送信装置→送信可能化というものである。このことは、「送信の主体である被上告人からみて、本件サービスのユーザーは不特定の者として公衆に当たるから、ベースステーションを用いて行われる送信は自動公衆送信であり、したがって、ベースステーションは自動公衆送信装置に当たる。そうすると、インターネットに接続している自動公衆送信装置であるベースステーションに本件放送を入力する行為は、本件放送の送信可能化に当たるといふべきである」という文言からも看取することができよう(下線は筆者による)。逆にいえば、自動公衆送信の定義規定から、個々の送信装置自体が公衆に向けるものであることが、自動公衆送信の該当性判断にとって必要ではないといふことができる。

(2) 法規範の沿革という視点から

「まねき TV」事件上告審判決が示した基準を「行為主体と公衆性の段階的・分離的認定」と呼称するとともに、単純明快な基本的枠組みではあるとしながらも、疑問を呈する見解

する際に規範的な判断が完全に排除されるというものでないであろうから、物理的には、「1対1」の送信機能しか有しない留守番電話であっても、これを利用して多数の者に聞かせる場合、結局、装置の機能として「1対多」送信機能を有すると認められる可能性は小さくはないだろう。

¹⁸⁷ 岡邦俊「続・著作権の事件簿(146)」JCA ジャーナル第58巻4号(2011)64頁以下、駒田泰土「判例評論」判例時報2127号(2011年)177頁以下。

¹⁸⁸ 作花文雄「放送番組の録画・配信サービスと著作権制度——私的利用と業的利用の境界領域の秩序形成——(「まねき TV」「ロクラク II」の差戻審判決を踏まえて)」コピーライト613号(2012)40頁以下。

もある。行為主体と公衆性を分離して認定することは、「公衆」が内在されている「公衆送信」という概念や条文構造に鑑みると妥当とはいえず、「公衆への送信目的」性のある行為主体の認定を先行させた上で、次に、実際の受信者の公衆性の認定（検証）がなされるべきである¹⁸⁹、というのである。

確かに、自動公衆送信の上位概念である「公衆送信」は、多くの支分権（たとえば、「口述」、「演奏」、「上演」）とは異なり、行為の定義のなかにかに「公衆」という用語が含まれており、著作権法 22 条～24 条の 2・24 条～25 条がそれぞれの規定のなかで行為とは別個に「公に」（＝「公衆に直接見せ又は聞かせることを目的として」）という文言を置いているのとは異なる書きぶりとなっている。しかし、これは、WCT の影響の下でこの新たな支分権を命名したからにすぎないように思われる¹⁹⁰。公衆送信権自体に「公衆」という文言が含まれることを理由として、同様の文言を含まない他の支分権と異なる判断枠組みを

¹⁸⁹ 作花文雄「放送番組の録画・配信サービスと著作権制度——私的利用と業的利用の境界領域の秩序形成——（「まねき TV」「ロクラク II」の差戻審判決を踏まえて）」コピーライト 613 号（2012）38～49 頁。「公衆送信」という概念に着目した反論とは、著作権法上における「演奏」などの利用行為に対する規定と異なり、「公衆送信」という概念には既に「公衆」要件が含まれており、行為の主体を認定するにも公衆への送信目的が考慮すべき要素となる、ということである。条文の構造からの反論とは、立法趣旨に鑑みて、公衆送信の一態様である自動公衆送信の準備段階としての送信可能化行為について、「公衆への送信目的」を不要とする解釈が「相当に不自然であり、不合理である」、ということである。

¹⁹⁰ WIPO の二条約の制定作業が進行する前の段階では、「送信権」なる言葉が用いられていた（1995 年 2 月に公表された「著作権審議会マルチメディア小委員会ワーキング・グループ検討経過報告——マルチメディアに係る制度上の問題について——」に対応する本文を参照）。

もつとも、条約を実施するために国内法を改正する際に、条約の文言を如何に翻訳するか、あるいは条約の規定を如何に国内法に体系的に取り入れるかについて、一貫したルールはそもそも存在しない。たとえば、日本の著作権法上の「上演権」の場合、上演という言葉はもちろん、これに対する定義規定（著作権法 2 条 1 項 16 号）にも「公衆」への言及はなく、支分権の内容にかかる規定（著作権法 22 条）において初めて「公に」という要件が現れるが、その母法たるベルヌ条約 11 条では、権利の名称として「right of public performance」という文言が用いられ、権利の内容にはこれとは別に「公衆」要件に言及があるわけではない。「公衆送信権」が範とした WCT8 条はベルヌ条約 11 条と同じ構成を採用しているものの、条約実施のため日本の国内法改正が行われる際に、特別な理由もなく、同様の構成を採用することになった。

採用すべきであるという主張は、やや説得力に欠けるところがあるといわざるを得ない。

（３）法規範の趣旨という視点から

そもそも「１対１」的な送信装置だけをもって、著作権の権利範囲外にあるという発想の背後には、このような装置が個人にそれぞれの自宅で利用される場合は著作権侵害にならないのであるから、私的利用のための便利さを提供するにすぎない本件サービスも著作権侵害にならないはずであるという価値判断が存在するのだろう。しかしながら、「１対１」的な送信装置は「１対多」的な送信装置に比べると、送信の主体にとって受信者が不特定または特定多数の者である場合には、結局、そこに送信された著作物または放送の利用価値が微々たるものに止まるとまでは言えないのではなかろうか。ましてや、このような装置が利便性や低コスト性において必ずしも優れたものとは言えないため、著作権者の経済的利益を犠牲してまでその技術を守る必要性について慎重に検討しなければならない。さらに、「それに見合った対価を権利者に還流させる方策をとることに合理性が認められる反面、私的使用に比べればそのチェックは相対的に容易であり、禁止権を及ぼしても、その権利が直ちに画餅に帰するということにはならない」ように思われる¹⁹¹。要するに、単に「１対１」的な送信機能でなされていることのみをもって同装置の利用を一律に適法としてしまうと、このような装置を利用するサービスに現れた著作物の利用価値を著作権者に還流させることができなくなってしまうかねない。

（４）著作権法規制と伝達技術の関係という視点から

付言するに、「まねき TV」事件控訴審判決のように、公衆への送信であるか否かを判断するために、まずは使われた自動送信装置の機能に着目しなければならないという手順を採用する場合には、当該自動送信装置が現実に関能を発揮する場面において行為者が如何なる役割を果たしたとしても、それとは無関係に自動送信装置の機能のみによってその者の行為が適法か違法かの結論が先取りされてしまうことになる。特に自動公衆送信に関わる場合、自動的に送信できるようにするために、送信者と受信者の間には送信装置のみが介在している場合が殆どであろう。送信者と受信者の関係を考慮せず、自動送信装置の機能を決定的な要素とする判断手法の下では、著作権法が直接に技術の優劣を評価することになりかねず、これによって形成される法規範は実務において簡単に迂回されてしまう危険性すらある。すなわち、「１対１」的に送信する機能がある装置を大量に使えば、何人にも送信を行う営業を適法に展開できるようになってしまう。このような状況が長期にわたる場合には、侵害回避を可能とする新たな技術や新たな製品の開発によって、早晚、権利者の公衆送信権あるいは送信可能化権が蚕食されてしまう。

¹⁹¹ 田村善之『知的財産法〔第５版〕』（有斐閣・2010）463頁。

（５）「自動公衆送信装置」の位置づけについて

以上の分析を踏まえ、「自動公衆送信装置」の論理的な位置づけについて確認しておこう。まず、「まねき TV」事件の控訴審判決のように、送信装置を通じて送信を行った主体を判断する前に、当該装置によって行われた送信が、公衆に対するものであるか否かを判断する必要がある¹⁹²、という立場を採ると、本来「自動公衆送信」の定義になかった装置の公衆性要件を、行為の公衆性の判断基準としているため、「自動公衆送信装置」が自動公衆送信ないし公衆送信と分離して独自の意義を有する概念となっている。これに対して、自動公衆送信装置の該当性を判断する前に、まず「受信者の求めに応じ自動的に送信する機能を有する装置」（以下「自動送信装置」）を利用したことさえ確認できれば、送信を行う主体を判断し、そして、この主体にとって、受信者が公衆であるか否かを判断することによって直接に自動公衆送信の該当性に関する結論を導く、という上告審判決が採用した判断枠組みに従う場合、自動公衆送信行為を判断するには、予め「自動公衆送信装置」の該当性を判断する必要がないため、その独自の意義もないということになる。

たしかに、「まねき TV」事件の上告審判決において「自動公衆送信装置」の該当性を論じる内容があるが、その趣旨は、自動公衆送信行為ではなく、送信可能化行為の該当性を判断するためであった。装置の物理的構造のみに着目する手法には、前述したように、著作権法の規律の実効性を簡単に失わせしめる危険性があることに鑑みると、送信可能化行為を判断する際に、事案を条文に当てはめるために「自動公衆送信装置」の該当性を検討せざるを得ないとしても、結局のところ、その作業は「自動公衆送信行為」該当性を吟味する作業とすることが望まれる。

（６）小括

そもそも著作権法上は、「自動公衆送信」行為について、当該行為の公衆性とは別個独立に公衆性を有する装置を使用することを前提としていないのであるから、自動公衆送信を判断するに当たっては、自動送信装置を使用していることさえ認定できるのであれば、ただちに次の段階である送信の主体を判断する作業に移行すべきであると思われる。その際には、自動送信の主体を判明させただけで、その主体からみた受信者が公衆と言えるか否かを判断すべきである¹⁹³。そして、自動送信の主体からみた受信者が公衆と言える場合

¹⁹² なお、控訴審判決の傍論は、送信主体を基準とする場合を仮定して検討を行ったものの、結局、装置自体の機能をもって公衆性を否定しているのであるから、この論理は実質的にはやはり装置のみを基準とする立場と評価してよいと思われる。

¹⁹³ もっとも、「1 対 1」の送信機能を有していない装置が使用された場合には、この判断手順に従わなくても、結論に影響はない。たとえば、テレビ番組の「1 対多」的なインタ

には、当該送信者による行為は自動公衆送信行為であり、かつ送信可能化行為であると評価されることになろう¹⁹⁴。このような「自動送信」＋「公衆」という判断手順は、その実益が生じる場面が一定の程度において限定されるものの、「自動公衆送信」＋「公衆」という枠組みと比べると、より法規範の沿革、意義ないし趣旨に沿ったものである、と評価できよう¹⁹⁵¹⁹⁶。

一ネット転送サービスが問題となった「ジェーネットワーク」事件（東京地判平成 23 年 9 月 5 日判時 2153 号 93 頁 [ジェーネットワーク]）の判決は、この判断手順に従わず、送信可能化行為または複製行為の存在を認定してから、その主体を判断する段階に入ったため、「まねき TV」上告審判決が判示した基準の射程内にあるということができない。

¹⁹⁴ 既に述べた通り、送信可能化行為を規制する法の趣旨は、自動公衆送信行為の準備行為を規制することにあるため、送信可能化を行った者が送信を行っていると解することができる（青江秀史・茶園成樹「第 8 章 インターネットと知的財産法」高橋和之・松井茂記・鈴木秀美【編】『インターネットと法〔第 4 版〕』（有斐閣・2010）269 頁を参照）。また、本件のように、送信行為が現実的に行われた場合、送信可能化と自動公衆送信を厳密に区別する実益はなおさら乏しいといえよう。

¹⁹⁵ もっとも、本判決後も、依然として、「原則として、1 対 1 の送信と評価できるのであれば、『公衆』向けの送信ではないはずで」あり、本件が採用した判断手順は「極めて、規範的」とであるという批判が未だに有力に唱えられている（平成 23 年度著作権委員会第 3 部会「知っておきたい最新著作権判例」[まねき TV 事件部分執筆担当：吉澤尚] パテント 65 巻 4 号（2012）91～92 頁）。これに対し、吉田和彦「日本法律家協会民事法判例研究会判例研究（まねき TV 事件・ロクラク II 事件）」法の支配 164 号（2012）61 頁は、著作権法上の定義規定に照らすと、「1 対多」の送信機能を自動公衆送信装置の要件とする考え方もありうるが、これは、「不特定少数（極端に言えば 1 人）も含む」公衆定義と整合性を欠く憾みがある、と疑問を呈している。

¹⁹⁶ なお、上告審判決は、あてはめの前提としての規範定立の個所では、「公衆の用に供されている電気通信回線に接続しており」という文言を用いているが、具体的なあてはめの部分ではこの文言を「インターネットに接続しており」に入れ替えている。このような文言上の対比に鑑みる場合には、「公衆の用に供されている電気通信回線」とは、「インターネット」のような一般公衆に開放している電気通信回線に限られると解釈することも不可能ではないのかもしれないが、ここまで縷々述べてきたように、送信主体基準に従って判断すべきであるという上告審判決の論理からすれば、「公衆の用に供されている電気通信回線」にいう「公衆」も、送信主体基準に従って判断されることになろう。たとえば、通常、特定の組織内部にのみ使用される「イントラネット」であっても、これを通じて送信を行う主体からみた受信者が公衆といえる場合、「公衆の用に供されている電気通信回線」

Ⅱ 「不特定少数」

そもそも著作権法は、「公衆」について全面的に定義することなく、単に「この法律にいう『公衆』には、特定かつ多数の者を含むものとする」という特別規定を置いているにすぎない（著作権法2条5項）が、これは、法律用語としての「公衆」概念は、一般的に不特定の者を指すため、著作権法の特別規定として、「著作物利用による経済的な効用を認めるに足りるような程度の特定多数者」を公衆概念に取り入れたのである¹⁹⁷。このような説明から論理的に分析すると、不特定の者であれば、「結果的には多数人であるときが多い」¹⁹⁸ものの、仮にそれが少数者の場合でもなお「公衆」要件を満たすということになる¹⁹⁹。また、文言解釈を行い、著作権法が不特定少数を「公衆」要件から排除する趣旨があったとすれば、単に「多数者」という概念をもって公衆を定義すればよいはずであることを理由として、公衆概念には不特定少数者が含まれていると肯定する説がある²⁰⁰。

これらに対し、一般的意味における公衆は不特定かつ多数の者を指しており、不特定かつ少数の者これに含まれないという見解がある²⁰¹。さらに、不特定者についても、そもそ

と認定されるものと思われる。裁判例では、集合住宅向けにテレビ番組録画システムを提供するサービスについて、集合住宅の各居室の入居者が公衆である場合、サーバとビューワーとを接続している配線が電気通信回線であれば、「公衆の用に供されている電気通信回線」という要件がみたされたとする判決がある（大阪地判平成17年10月24日判時1911号65頁〔選撮見録〕、大阪高判平成19年6月14日判時1991号122頁〔同控訴審〕）。

¹⁹⁷ 加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』（著作権情報センター・2013）72～73頁。

¹⁹⁸ 加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』（著作権情報センター・2013）72～73頁。

¹⁹⁹ 同様の理解として、半田正夫・松田政行【編】『著作権法コンメンタール1』（勁草書房・2009）111／188頁〔水谷直樹氏執筆担当部分〕、岡村久道『著作権法』（商事法務・2010）156頁、岡本薫『著作権の考え方』（岩波書店・2003）43頁がある。また、中山信弘『著作権法〔第2版〕』（有斐閣・2014）253頁も、公衆概念が通常「不特定または多数」を指すところ、著作権法の定義規定により特定かつ多数の者も含まれることになったと考えている。この説明によっても著作権法上の公衆概念によって排除されるは特定かつ少数の者のみである。

²⁰⁰ 島並良ほか『著作権法入門』（有斐閣・2009）130頁〔島並良氏執筆担当部分〕。このほか、特に理由がないものの、当然の理として、不特定の者について、多数か少数か関係なく公衆概念に含まれるとするものは、高林龍『標準 著作権法〔第2版〕』（有斐閣・2013）131頁、茶園成樹【編】『著作権法』（有斐閣・2014）106～107頁〔陳思勤氏執筆担当部分〕がある。

²⁰¹ 小倉秀夫＝金井重彦【編著】『著作権法コンメンタール』（レクシスネクシス・ジャパ

も多数を前提にしているという指摘もあるが、その理由は、不特定者に対する提供の場合、実際にはまだ少数にしか著作物が提供・提示されていなくても、多数にのぼる可能性があるからというのである（「累積多数説」）²⁰²。したがって、同説は、「多数者に向けた提供・提示となる余地のない場合、つまり本当の意味での不特定少数者向けの場合」を公衆概念から排除する²⁰³。

「累積多数説」が挙げた例によると、一度に入場できる人数が数人程度であって一度きりの映画の上映を行う場合が、著作権法における公の上映にならない。しかしながら、すでに述べた通り、公衆概念は公衆送信に特有の概念ではなく、著作権法における「公表」、「頒布」、「上演」、「演奏」、「上映」、「貸与」、「譲渡」等公の利用禁止権にとって重要な要素であるため、そこから不特定少数を除外すると、様々な不都合が生じ得る。たとえば、著作者人格権である公表権とは、まだ公表されていない著作者を「公衆」に提供し、または提示する権利であるが、仮に不特定少数者への提供や提示が公表に該当しないとすれば、著作物が事実上の「公開」を無断にされても著作者にそれをコントロールする権利がないことになる。しかし、上記のような提供や提示行為が、異なる主体によって個別ながら大量に行われると、その実質の結果は、通常の不特定多数の者に対する「公表」と異なることはない。いずれの主体も1回の提供や提示行為しか行われていないこのような状況にもかかわらず、誰に対しても権利を主張できないということは著作者にとってあまりにも不利益であるといわざるを得ない。また、会場の収容人数という物理的要素まで重要視する「累積多数説」による公衆の判断基準は、実質的にまさに本節Ⅰで分析した「装置基準」と類似するといわざるを得ない。

さらに、「累積多数説」は、通常では個別に行われる譲渡行為について、最初に行われる行為だけではなく、一定の時間が経過すれば、利用行為が多数にのぼる可能性がある場合「累積多数」に該当する、と説明している。しかしながら、著作権法における譲渡とは、複製物の所有権の移転であるため、同一の複製物を他人に譲渡した人は、譲り受けた者の意思や行動をコントロールすることができない。にもかかわらず、その譲り受けた者によ

ン）208頁〔金井重彦氏執筆担当部分〕。

²⁰² 奥邨弘司「判例研究：まねきTV事件最高裁判決について」AIPPI56巻9号（2011）34～35頁。

²⁰³ 作花文雄「放送番組の録画・配信サービスと著作権制度——私的利用と業的利用の境界領域の秩序形成——（「まねきTV」「ロクラクⅡ」の差戻審判決を踏まえて）」コピーライト613号（2012）47頁もこれと同じ立場である。もっとも、作花文雄「著作権制度における『公衆』概念」コピーライト560号（2007）38頁においては、「不特定人を対象とする場合には、当該著作物利用行為の時点における対象者の人数は問われるものではない」とも主張されている。

る再譲渡の可能性によって、最初の譲渡を行った者の行為が「公衆に対するものではない」から「公衆に対するものである」へと変わる、という論理を、私人間の送信や貸与行為に当てはまると、理不尽な結論を導き出すことになる。すなわち、友人に著作物を送信した場合、その友人も他の友人に送信する可能性があるため、最初の送信は「累積多数」と評価され、公衆への送信になる、ということである。実際、個々の譲渡行為について、不特定者に対して行うのであれば少数者であっても公衆への譲渡と認定しても、消尽に関する規定の存在があるため、個人の自由を不合理に奪うことにならないため、公衆要件においてわざわざ不特定少数を排除する必要性がかなり低いと思われる。

もっとも、司法実務において、不特定少数の者も公衆に該当すると認定したのはいまだに貸与権侵害が問題となった「NTT リース」事件²⁰⁴しかない。同事件において、東京地方裁判所は、著作物の需要者が少数であっても不特定の者であれば、公衆に対する利用行為であると明言している。

さらに、社交ダンス教室の受講生が不特定かつ多数であると認定した「社交ダンス教室」事件第一審判決²⁰⁵は、公衆概念について「著作権が不特定一般の者のために用いられる場合はもちろんのこと」と言及した上で、「著作権者の権利を及ぼすべきでない」とされた場合に……使用行為は『特定かつ少数の者』に対するものであると評価されることになる」と付言しているため、これによると、やはり公衆概念から排除されるべきのは「特定かつ少数」の者のみであるということになる。このほか、送信可能化権侵害と主張される著作物にアクセスすることができた者が特定かつ少数であった「サライ写真」²⁰⁶事件において、東京地方裁判所は特定かつ少数が著作権法上の公衆に該当しないとして送信可能化権侵害を否定したが、不特定かつ少数の場合について言及していない。

ちなみに、「宇宙開発事業団プログラム」事件控訴審²⁰⁷において、知的財産高等裁判所は、一般論として、著作物を「公表したといい得るためには」、当該著作物自体を「不特定多数又は特定かつ多数の者に対して、口述、展示等の方法により提示されることを要するものと解すべきである」と言及しているものの、本件著作物が公表されていることを否定した理由は、公衆要件の不充足ではなく、プログラムの著作物であるにもかかわらずソースコードやオブジェクトコードが発表された論文に記載されていないから、というのである。言い換えれば、判決の理由となったのは「公表」の「提示」要件であり、公衆要件に関する説明はあくまで傍論にすぎない。

以上の通り、司法実務において、不特定かつ少数の者でも公衆に該当すると認定される

²⁰⁴ 東京地判平成 16 年 6 月 18 日判時 1881 号 101 頁 [NTT リース]。

²⁰⁵ 名古屋地判平成 15 年 2 月 7 日判時 1840 号 126 頁 [社交ダンス教室]。

²⁰⁶ 東京地判平成 19 年 5 月 30 日判タ 1255 号 328 頁 [サライ写真]。

²⁰⁷ 知財高判平成 18 年 12 月 26 日判時 2019 号 92 頁 [宇宙開発事業団プログラム控訴審]。

可能性が高いと思われる。また、すでに分析した通り、不特定者の場合、多数か少数かに関係なく、公衆概念に含まれると理解したほうが、著作権法の文言や起草者の説明に忠実にしている合理的解釈であると思われる²⁰⁸。

Ⅲ 「特定」

「不特定」に関する説明の中では、「如何なる者」、「誰でも」、「何人も」のような表現がよく使用される一方、「特定」とは何かを論じる際に、「行為者との間」の「個人的な結合関係」²⁰⁹の存在が重要視される。しかしながら、判例や学説は、「不特定」と「特定」の境界線について統一した基準が見られない。たとえば、起草者は、著作権法上の公衆として特定かつ多数と捉える必要がある例として、親睦会、特定サークル、宗教団体を挙げている²¹⁰。同じように、「会員制を採用して多数の者のために観劇会や演奏会を催す場合」も特定かつ多数の場合に該当すると示唆する論述がある。これらの論述から見ると、「特定」と認められる場合が数多く存在するはずであるが、実際の訴訟において認定されたのは前記の「サライ写真」事件と「幸福の科学祈願経文」事件²¹¹のみである。このうち、「サライ写真」事件においては、写真家の依頼の受け、写真のデジタル化を行う出版社にとって、その担当者の4人が特定の者であると認定され、「幸福の科学祈願経文」事件においては、経文を読み上げる行為が経文に対する著作権者の口述権を侵害するか否かが問題となったが、読み上げの対象者が某講座の開設者に紹介される者のみであるため、これらの対象者が読み上げを行う被告にとって特定者であると認定された。

これらに対し、著作物の需要者が不特定の者であると認定された事件のほとんどは、行為者が著作物の需要者を広く募っており²¹²、また、需要者を広く募っていなくても、需要

²⁰⁸ 実際、「累積多数説」も、多数にのぼる可能性のない不特定者というのは、それ自体が、著作物利用者との間に一定の関係が存在することを意味する可能性があるから、……特定少数者と捉える」可能性を示唆している。奥邨弘司「判例研究：まねきTV事件最高裁判決について」AIPPI56巻9号（2011）39頁注48。

²⁰⁹ 加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』（著作権情報センター・2013）73頁。

²¹⁰ 加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』（著作権情報センター・2013）73頁。

²¹¹ 東京地判平成25年12月13日平成24（ワ）24933号・平成25（ワ）16293号〔幸福の科学祈願経文〕。

²¹² 従前から、特別な条件を設けずに営業所において顧客に著作物の享受させる場合は、直ちに公衆に対する行為として判断が行われてきた。名古屋高決昭和35年4月27日下民集11巻4号940頁〔中部観光〕、大阪高判昭和45年4月30日無体集2巻1号272頁〔ナニワ観光〕、最判昭和63年3月15日民集42巻3号199頁〔クラブ・キャッツアイ〕などを参照。技術の進歩に伴って著作物の利用形態が多様化になり、営業所のような公の場所

者が行為者にとって単なる営業の対象であることを理由に、両者の間に人的結合関係が存在しないと認定している²¹³。司法実務の判断について、起草者の説明よりさらに明確に、「事前の人的結合関係の強弱」という基準が提示されている²¹⁴。このような基準を、前述の「サライ写真」事件や「幸福の科学祈願経文」事件について考察すると、「サライ写真」事件の行為者である出版社にとって、その職員である担当者4人とは、写真のデジタル化という著作権者から依頼を受ける前からすでに雇用関係にあり、また、「幸福の科学祈願経文」事件の行為者にとって、その口述を行う対象者が某講座の開設者に紹介されてカウンセリングを受けに来る者であり、かつ、経文の読み上げは必ずしもカウンセリングの内容ではないということから、いずれの事件も、著作物を提供する前に行為者と需要者の関係を重視したものとして理解することができる。

仮にこの基準を「まねき TV」事件に当てはめると、同事件のサービス提供者と利用者の間に、サービス提供の前に何の人的結合関係もなく、利用者がサービス提供者にとってもっぱら営業の対象とすることができるため、仮に控訴審判決の通りに、送信装置の1対1の送信機能を重視しても、個々の利用者は公衆に該当することになる。

ちなみに、特別に条件を設けることなく、需要者を広く募っていることを公衆要件の判断において考量した「社交ダンス」事件判決は、この基準が公衆要件における不特定の者

ではなくても、サービスの対象者について特別な条件を設けない場合であれば、裁判所は容易に不特定者に対する行為であると認定する。東京地判平成19年5月25日判時1979号100頁[MYUTA]、最判平成23年1月18日民集65巻1号121頁[まねき TV 上告審]、東京地判平成23年9月5日判時2153号93頁[ジェーネットワークサービス]などを参照。また、貸与権侵害に関する東京地判平成22年3月30日平成21(ワ)6604[写真カタログ]では、裁判所は「広く一般に写真の貸出業を行う」写真エージェンシーの顧客が不特定の者であると認定した。

²¹³ 東京地判平成16年6月18日判時1881号101頁[NTT リース]。この事件において、被告Y1が本件プログラム著作物を使用して行っていた業務の発注先であるY2に対して貸与を行ったにすぎないが、裁判所はこのような営業上の関係だけでは「人的な結合関係」を認めるに足りないとしてY2をY1にとって不特定な者であると認定した。しかしながら、東京地判平成24年3月23日平成22年(ワ)第30222号[NTT コム]において、裁判所は、協業スキームに携わる企業同士について不特定な者に該当しないとしてそれらの間の譲渡行為の「公衆」要件を否定した（なお、同判決は仮に著作権法上の譲渡行為該当性を認定しても、譲渡の消尽に関する規定によって譲渡権侵害を否定すべきであると言及しているため、仮に公衆要件を否定しなくても判決の結論に影響はない）。これは、「単なる営業の対象」という基準の境界線上の事案と言えよう。

²¹⁴ 島並良ほか『著作権法入門』（有斐閣・2009）131頁[島並良氏執筆担当部分]。

を判断するための要素なのか、それとも公衆要件における多数の者を判断するための要素なのかについて区別をしていない²¹⁵。

さらに、著作物の需要者を広く募ることなく、かつ、需要者が行為者にとって単なる営業の対象であるとも言いがたい場合であるが、著作権者がしばしば訴訟において、行為者が需要者に対して対価を徴収することや、需要者に著作物を享受させることが定期的・継続的に行われることを理由に需要者が不特定であると主張することがある²¹⁶。このような主張に対し、裁判所は、同事件の事案に即して行為者が徴収する対価が著作物の利用についてのものではなく、かつ、利用行為が定期的・継続的に行われていないことを理由に著作権者の主張を退けた。したがって、不特定の者を判断するために、事案によって著作物の利用行為自体について対価を徴収することや利用行為が定期的・継続的に行われることも裁判所に考慮される可能性があるということが出来る²¹⁷。

IV 「多数」

もっとも、「多数」について、これが不確定な概念であり、「何人とは書けないから多数と書いた」にすぎないと起草者が説明している²¹⁸。特定ではあるが需要者が多数にのぼった場合を規制する趣旨について、「多数の者のために著作物が用いられる場合には、それだけ著作物の利用価値が高いということを意味するから、そこから対価を還流させるべきである」²¹⁹と説明されている。したがって、著作物の利用行為者にとってその対象者が「特定」の者であると判明した場合、対象者の人数が多数であるか否かを判断する際に、主にその人数によって当該利用行為の価値について総合衡量することになるだろう。また、前記起草者の説明を受け、そもそも「公衆の意味は必ずしも一義的に決まるものではなく、

²¹⁵ 名古屋地判平成 15 年 2 月 7 日判時 1840 号 126 頁 [社交ダンス教室]。平澤卓人「著作権法における『公に』及び『公衆』概念の限界——幸福の科学祈願経文事件」知的財産法政策学研究 46 号 (2015) 365～366 頁を参照。もっとも、同判決は、特別な条件を設けずに顧客を受け入れることを理由に、被告である社交ダンス教室の主催者にとって顧客が不特定の者であると認定したものと理解する見解もある。島並良ほか『著作権法入門』(有斐閣・2009) 131 頁 [島並良氏執筆担当部分] を参照。

²¹⁶ 東京地判平成 25 年 12 月 13 日平成 24 (ワ) 24933 号・平成 25 (ワ) 16293 号 [幸福の科学祈願経文]。

²¹⁷ 「可能性がある」と理解する理由は、裁判所がこれらの要素について判断したのは著作権者が自らこれらの要素を不特定の者を判断するために提示したからであり、裁判所が自ずとこれらの要素を判断基準として考慮したわけではないからである。

²¹⁸ 加戸守行『著作権法逐条講義 [六訂新版]』(著作権情報センター・2013) 73 頁。

²¹⁹ 田村善之『著作権法概説 [第 2 版]』(有斐閣・2001) 174 頁。

該当条文の趣旨から導くべき」²²⁰であるという総合衡量論も展開されている。

²²⁰ 中山信弘『著作権法〔第2版〕』（有斐閣・2014）276頁。

第2節 中国

I 公衆要件に関する議論の欠如

中国の著作権法も同様に、情報ネットワーク伝達権のみならず、他の支分権等に関する規定にも「公衆」または「公に」（中国語：「公開」）という公衆要件が含まれている。しかしながら、公衆要件に対する定義規定が置かれておらず、また、日本著作権法のように、「特定かつ多数の者を含む」という特別規定も定められていない。また、この要件自体に関する論述も数多くなく、個々の人の間の送信または一方的ダウンロードする行為は公衆への伝達ではないというような反対説明に止まる場合が多い²²¹。

公衆要件について一般的に論じるものが少ないが、具体的な支分権について説明が行われる際に、公衆要件に言及する学説が数々見られる。それらの説明の基礎となるのは、「公表権（中国語：「発表権」）とは、著作物を衆に公にする（中国語：「公之於衆」）か否かを決定する権利である」、という著作権法の定義である。また、それに対する更なる説明として、最高人民法院による「著作権民事事件の審理の法律適用における若干の問題に関する解釈」（中国語：「關於審理著作権民事糾紛案件適用法律若干問題的解釋」）9条は、「衆に公にするとは、著作権者自らまたは著作権者の許諾を得た者が著作物を不特定の人に公開することを指すが、公衆がこれを認知していることを要しない」²²²と定めている。したがって、公表権について論じるもののほとんどは、公表行為が「不特定」の者に対する公開を必要とすると淡々と説明している²²³。さらに、公衆とは、「不特定」のみならず、「多数」でなければならないという見解もある²²⁴。

これらに対し、特定かつ多数の者に対する著作物の公開は著作権法上の公表と推定すべきである、という意見も存在する²²⁵。その理由は、特定多数者に対する公開が公表になら

²²¹ 劉春田『知識産権法』（法律出版社・2009）79頁〔李雨峰氏執筆担当部分〕。

²²² 同解釈の文言をそのまま理解すれば、著作権者に無断で著作物を公開することは「衆に公にする」ことにならないように読めるが、この通りに理解すると、論理的には誰でも「衆に公にする」権利を侵害することにならないことになる。同規定について単に文言上の錯誤であるにすぎないと理解すべきである。同じ理解として、王遷『著作権法』（中国人民大学出版社・2015）147頁がある。

²²³ 常青「未發表的作品是否受著作権法保護」中国科技期刊研究 1996年7期 51頁、劉春田『知識産権法』（法律出版社・2009）70頁〔李雨峰氏執筆担当部分〕、崔国斌『著作権法』（北京大学出版社・2014）346頁、王遷『著作権法』（中国人民大学出版社・2015）147頁など。

²²⁴ 呉漢東『知識産権法』（法律出版社・2004年）71頁。

²²⁵ 李揚『知識産権法基本原理』（中国社会科学出版社・2010）241～242頁、劉楊東「著作

ないということが、これらの特定多数者に黙示的秘密保持義務を負わせることになり、個人の自由に多大な妨害になり得る一方、特定多数者に対する公開を公表に該当すると推定すると、著作権者がその公開時に反対の意思さえ表明すれば公表にならない、という柔軟的な対処ができる、というのである。

また、単に上記最高人民法院の解釈の定義の影響を受けたように、頒布権ないし公衆要件を含むすべての支分権を論じる際²²⁶に、あるいはカラオケボックスの経営者の行為が情報ネットワーク伝達権侵害に該当するか否かを分析する際²²⁷に、もしくは公の伝達権について立法論を展開する見解の中²²⁸、公衆要件を「不特定」の者として理解するものがあるが、この趣旨に関する説明は行われていない。

興味深いことに、一般論として著作権法上の公衆を論じる際に、日本や台湾の著作権法に「特定かつ多数の者」が公衆概念に含まれているという比較法的視角から分析した結果、特に台湾著作権法3条1項4号があえて「家庭及び通常の社交における多数の者」を「特定かつ多数の者」から除外していることに鑑みると、仮に企業や特定のグループに所属する対象者であっても、そもそも生活や仕事上に緊密な関係によって生じた人身的關係がなければ、「不特定な者」と解釈することができるため、やはり公衆概念を定義するために、「不特定の者」というだけで十分であるという見解がある²²⁹。

一方、この論点を扱った数少ない判例の中、頒布行為における公衆要件について判断が行われたのは「楊林訴国家郵政局等」事件²³⁰がある。同事件において、地方の郵便局は、その発行する記念切手セットについて、著作権者である原告と著作権契約を締結してその作品を使用した、当該セットのうちいくつかの商品に原告の名前を印字しなかったため、原告の署名権を侵害したと認定された。しかしながら、地方郵便局の依頼を受けて当

権法視域下『発行』釈義」河北北方学院学報（社会科学版）29巻2期（2013）42～43頁。

²²⁶ 崔国斌『著作権法』（北京大学出版社・2014）426頁、王遷『著作権法』（中国人民大学出版社・2015）177、184～185頁。とりわけ前者は、公衆要件の判断において聴衆などの人数が決定的ではないと明言している。

²²⁷ 曹慧敏「KTV 経営者侵權行為的法律性質」人民司法 2013 年 3 期 93 頁。

²²⁸ 陳紹玲「論著作権法中的公開傳播權」華東政法大學學報 2015 年 2 期 41～47 頁。

²²⁹ 張玉敏＝許濤「著作権法上の『公衆』概念及其網絡語境理解」中国版權 2007 年 1 期 36～37 頁。また、同見解に賛成するものとして、李楊『著作権法個人使用問題研究——以数字環境為中心』（社会科学文献出版社・2014）161～162 頁がある。

²³⁰ 北京市第一中級人民法院（2005）一中民初字第 1674 号。その後、著作権者側は控訴したが北京市高級人民法院によって棄却され（北京市高級人民法院（2006）高民終字第 1472 号）、さらに、最高人民法院に対して再審の訴えを提起したが却下された（最高人民法院（2008）民申字第 1325 号）

該切手セットの印刷製造作業を行った中国集郵総公司の行為について、裁判所は、侵害品の交付対象である地方郵便局が「不特定の公衆」ではなく「特定の依頼者」であるため、頒布行為に該当しないと判断した。

II 「情報ネットワーク」に関する議論に散見される「公衆」

本稿第1章第3節のⅢや第2章第2節のⅡにおいてすでに言及したいいわゆるイントラネットの「情報ネットワーク」該当性に関する議論は、現行著作権法における支分権の名称とその定義の齟齬がもたらす混乱によって生じたものであるが、その中に、「公衆」要件の判断基準に繋がると思われる説明が散見される。

まず、ネットカフェなどのような、イントラネットを通じてその利用者に著作物を無断に提供する行為が問題となった事件においては、その情報ネットワーク伝達行為の該当性がほぼ例外なく肯定されているため、公衆要件の該当性も実務によって認められていることになる²³¹。同類型の事件に限って論じるものの中、受信者が特定されていることだけで公衆要件の該当性を否定することができず、このような場合においても完全封鎖的イントラネット（たとえば同じ寮に住むクラスメートがそれぞれの端末を利用して形成するイントラネット）と不完全封鎖的イントラネット（たとえば大学全体のイントラネットや公衆にサービスを提供するネットカフェのイントラネットなど）を区別する必要があるとして、関わる事件の判決の妥当性を肯定するものがある²³²。さらに、このような必要に鑑みると、結局のところ、公衆要件の判断は個別の事案に即して総合衡量を行わなければならないという主張すら存在する²³³。

また、実務において、イントラネットによる著作物の提供の公衆要件に関する判断基準について特別な考慮要素を示したのは、「彭浩訴北京万方」事件²³⁴である。原告は、学位論文のデータベースを運営している被告北京万方社が自らの論文を無断にデータベース

²³¹ 北京市海淀区人民法院（2008）海民初字第15773号、北京市第二中级人民法院（2008）二中民終字第2355号、陝西省西安市中级人民法院（2009）西民初字第12号、湖北省武漢市中级人民法院（2010）武知初字第159号、河南省鄭州市中级人民法院（2012）鄭民初字第312号、広東省広州市海珠区人民法院（2015）穗海法知民初字第28号などがある。

²³² 王遷『著作権法』（中国人民大学出版社・2015）185頁、陳歆「高校VOD視頻点播系統的著作権問題研究」2010年6月号119～121頁、連コン「局域網内作品伝播相關法律問題淺析——以信息網絡伝播權為視角」法制博覽2012年3期32～34頁。

²³³ 馬雲鵬「局域網環境下伝播作品問題的定性——『不見不散』信息網絡伝播權糾紛案評析」科技与法律2012年4期55頁、劉琦「局域網中信息伝播的侵權問題研究」知識經濟2012年8期27頁、崔国斌『著作権法』（北京大学出版社・2014）456頁。

²³⁴ 北京市海淀区人民法院（2008）海民初字第9975号。

に収録して国家図書館や各大学の図書館に提供することがその情報ネットワーク伝達権を侵害していると訴えた。裁判所は、結論として侵害行為の成立を肯定したが、その公衆要件について論理を展開する際に、「万方社は技術的措置を通じ、学位論文データベースのユーザーによる当該データベースに対する利用を、内部のイントラネットに属する IP アドレスという範囲内に限定しているものの、公衆が学位論文データベースのユーザー内部のイントラネットを通じて学位論文を獲得する可能性を排除することができないため、かかる学位論文の伝達範囲に対する万方社の制限は、公衆がその個別に選択した時間と場所にかかる論文を獲得することができない程度まで達していない」と論じている。この論理に基づき、仮に万方社は、データベースのユーザー内部のイントラネットに一般人が全くアクセスできないように技術的措置を施しておけば、公衆に対する伝達行為にならないため著作権侵害の責任から免れる、ということになり得る。この事件に対して、類似な事案を扱った「温小潔訴中国学术期刊」等の一連の事件²³⁵において、北京市朝陽区人民法院は、単に「イントラネットを通じて伝達する」ことを情報ネットワーク伝達に該当すると判断している。

Ⅲ 検討

以上の判例や学説を俯瞰したところ、中国においては、公衆要件について判断の枠組みとて、特定かつ多数の者が公衆に該当するかに関する議論すらほぼ見られない。この状況の現実的原因として、前者については、そもそも 1 対 1 的送受信機器や技術を利用して著作物を提供する行為は現にほぼ使用されていないため争点になる可能性も低いからと考えられ、後者については、イントラネットを通じて多数の者に対して著作物を無断に提供する行為が往々にして多大な利益をもたらす一方で著作権者への還元がないことから、この類の行為を著作権侵害行為として規制すべきであるという結論に共通の認識が得られているからである²³⁶。

たとえば、「彭浩訴北京万方」事件判決は、一見すると、厳密な技術を施して著作物を利用できる者を国家図書館や大学に所属する特定の者に限定すれば、「公衆」要件を否定し得ると判示しているが、実際、多くの大学の場合、外部の者でもその構内に自由に入

²³⁵ 北京市朝陽区人民法院（2008）朝民初字第 27886 号など、複数の著作権者が個別に同じ被告に対して同裁判所で提起した一連の事件である。

²³⁶ たとえば、崔国斌『著作権法』（北京大学出版社・2014）455 頁は、「立法目的の角度から見れば、ネットワークが不特定の公衆に対して開放することを厳格に要求することには大きな意味がないように思われる。イントラネットの利用者が一定の規模に達すれば、それが開放しているものか否かにかかわらず、著作権者の利益に実質的影響を及ぼす」と論じている。

りすることができ、有線または無線で大学のネットに接続できるという中国の事情に鑑みると、上記のような厳密な技術手段は事実上行い得ないことである。したがって、事実上、大学のイントラネットのような比較的に開放している環境に対して行われる送信行為の公衆要件が否定される可能性は極めて低いといえることができる。

他方、不特定者か特定者かに関する基準を示した「楊林訴国家郵政局等」事件判決について、その射程を慎重に考える必要がある。まず、同事件の中国集郵総公司是地方郵便局の依頼を受ける際に、地方郵便局と著作権者の契約を確認した上で、依頼された印刷作業を遂行したのである。仮にこのような確認行為がなかった場合、なお「特定の依頼者」と認定することになるかについて疑問を禁じ得ない²³⁷。中国において、郵政事業が依然として国が独占して行っており、中国集郵総公司是、国家郵政局が設立した全額出資子会社である中国邮政集団総公司がさらに設立した全額出資子会社であり、本件の依頼人も同じ行政システムに所属する行政機関であるため、裁判所はこのような特別な事情を考慮したかも知れない。とはいえ、中国集郵総公司是、一般の企業に対してもカスタマイズ・サービスを提供しているため、単に特定の依頼を受けたことを理由に公衆要件を否定することになると、およそすべての著作物を使用した商品や役務に関する発注や受注行為も同じ論理で公衆要件を否定されることになりかねない。したがって、同事件判決の射程をさしあたり同一グループ内にある主体に限ると解釈したほうが無難であると思われる。

²³⁷ もっとも、仮に著作権利用許諾契約を確認しなかったことが「特定の依頼者」に関する認定に影響しないとしても、共同不法行為の責任を問うことができよう。

第4章 日中における自動公衆送信に関する法規範の適用——送信要件

第1節 日本

I はじめに

自動公衆送信ないし公衆送信の送信要件は、単に著作権法の定義を参照する限り、「無線通信または有線電気通信の送信」であり、単純に技術的手段を観察すれば判断できように見える。しかしながら、客観的に送信の存在を確認することが容易であるこそ、送信行為を行う主体の判断について、しばしば規範的な評価を行わざるを得ない。司法実務において、自動公衆送信行為の送信要件の判断基準を巡って、規範的主体論が展開されてきた。特に、「まねき TV」事件上告審判決において自動公衆送信の主体に関する最高裁判所の判断は注目を浴びた。本稿も、同判決を中心に送信要件の主体論について検討したい。

同事件の原告らは、現に放送事業者であるか放送事業者であった者であり、ソニー社が開発し販売する「ロケーションフリー」という商品を利用してテレビ番組の転送サービスを提供する被告が、原告らの放送についての「送信可能化権」及びその放送した番組の「公衆送信権」を侵害するとして、訴訟を提起し、差止め並びに損害賠償の支払いを求めた。

「ロケーションフリー」の主な構成機器である「ベースステーション」は、その内蔵するテレビチューナーを通じて地上波アナログ放送を受信し、その放送をデジタルデータ化し、インターネットを通じて専用モニターあるいはパソコンに送信することができる。その結果、利用者はいつでもインターネットを通じてテレビ番組を視聴することができる。

「ベースステーション」と専用モニターあるいは指定されたパソコンとは、1対1で対応する。被告は、利用者自身が購入した「ベースステーション」を預かり、被告の事業所内に設置し、テレビアンテナ及びインターネットとの接続を行う。これによって、利用者は手元の専用モニターあるいはパソコンを用いてテレビ番組を視聴する。

東京地方裁判所は、ベースステーションの機能等の事情を総合考慮して、本件送信の主体が各利用者であり、また、各利用者は自身にしか送信できないため、個々のベースステーションが自動公衆送信装置に該当せず、したがって本件送信が自動公衆送信または送信可能化に該当しないと認定した。

知的財産高等裁判所は、本件における送信の主体について判断せず、本件装置が1対1的な送信しか行えないことを理由に、その自動公衆送信装置該当性を否定し、したがって自動公衆送信または送信可能化行為がいずれも成立しないと認定した。

最高裁判所は、「自動公衆送信が、当該装置に入力される情報を受信者からの求めに応じ自動的に送信する機能を有する装置の使用を前提としていることに鑑みると、その主体は、当該装置が受信者からの求めに応じ情報を自動的に送信することができる状態を作り出す行為を行う者と解するのが相当であり、当該装置が公衆の用に供されている電気通信

回線に接続しており、これに継続的に情報が入力されている場合には、当該装置に情報を入力する者が送信の主体であると解するのが相当である」という判断基準を示した上、「被上告人は、ベースステーションを分配機を介するなどして自ら管理するテレビアンテナに接続し、当該テレビアンテナで受信された本件放送がベースステーションに継続的に入力されるように設定した上、ベースステーションをその事務所に設置し、これを管理しているというのであるから、利用者がベースステーションを所有しているとしても、ベースステーションに本件放送の入力をしている者は被上告人であり、ベースステーションを用いて行われる送信の主体は被上告人であるとみるのが相当である」と判断し、最高裁判所は、原判決を破棄し、本件を知的財産高等裁判所に差し戻した²³⁸。

そもそも、従来の裁判実務においては、自動公衆送信行為だけではなく、複製行為など著作権者が排他権を有する他の利用行為を含めて一般的に、条文上の根拠を見いだせないなかで行為主体を拡張するために、手足論やカラオケ法理など幾つかの規範的な主体論が展開されてきた。このような規範的な主体論は、物理的に利用行為を行っていない者を著作権法上という利用行為の主体とすることによって著作権侵害を広げる方向に働くため、その誕生の時点から絶えず批判に晒されてきたのであるが、それにもかかわらず幾つかの修正を経ながら現在に至るまで用いられている。そして、多くの見解によると、「まねきTV」事件上告審判決、そして同時期に言い渡された「ロクラクⅡ」上告審判決は、ともに総合衡量を行うことによって従来の規範的な主体論をさらに昇華させたものであるという²³⁹。本稿は、このような大方の見方に対して疑問を呈するものである。以下、検討を行う前提として、従来の規範的な主体論及びこれに対する批評を整理することとする。

Ⅱ 規範的な主体論について²⁴⁰

ここでいう規範的な主体論とは、物理的な観点からみた著作物の間接利用者の行為について、正面からその者の間接侵害者としての責任を判断せず、著作物の利用主体または侵

²³⁸ 差戻後控訴審・知的財産高等裁判所は、最高裁判所の論理をほぼ踏襲し、原告らの差止め及び損害賠償の請求の一部を認めた（知財高判平成24年1月31日判時2142号96頁〔まねきTV〕）。なお、同判決に対する上告に対し、差戻後の最高裁判所は上告不受理とした（最決平成25年2月13日判例集未登載）。

²³⁹ 田村善之『ライブ講義 知的財産法』（弘文堂・2012）462頁。

²⁴⁰ 以下に紹介するいずれの類型の規範的主体論も、利益性（または営業上の利益性）を考量要素の1つとするが、利益性要素について疑問を呈した文献として、角田政芳「個室内の演奏——カラオケ事件」斉藤博・半田正夫【編】『著作権判例百選〔第3版〕』（有斐閣・2001）33頁、田村善之「著作権の間接侵害」知的財産法政策学研究26号（2010）41～42頁、作花文雄『詳解著作権法〔第四版〕』（ぎょうせい・2010）804頁以下などがある。

害主体の概念を拡張解釈することによって、上記の者の著作権の直接侵害責任を問う解釈論である²⁴¹。学説上において、間接侵害者に対しても幫助法理や類推解釈などの手法を用いて差止請求を認めることができるという議論（以下「間接侵害論」）²⁴²が存在する²⁴³が、実務においては、いわゆる間接利用者の行為について、規範的な主体論を展開させて著作権侵害を認めるのが現在までの傾向であり、間接侵害論が適用された事例は稀である²⁴⁴。

²⁴¹ この場合、他人の行為の性質も問題になり得る。すなわち、他人の行為も著作物の利用行為であるか否か、利用行為であれば侵害行為であるか否か、他人の行為とこれを支配・管理する者の行為は共同侵害行為であるか否かなどの問題は検討する必要があるが、本稿目的の関係でこれらに関する議論を割愛する。

²⁴² 本稿にいう「間接侵害論」は狭義の意味において使用されている。これに対して、広義の意味において間接侵害論を使用し、規範的な主体論をその1つの方向、またそれに等しいものとして解するのが通説であろう。これについて、奥邨弘司「判例研究：まねきTV事件最高裁判決について」AIPPI56巻9号（2011）28頁以下、同「まねきTV・ロクラクⅡ事件最判後の著作権の間接侵害論」パテント64巻11号（2011）89頁以下を参照。前田健「著作権の間接侵害論と私的利用に関する権利制限の意義についての考察」知的財産法政策学研究40号（2012）184頁以下も同じ見解（もっとも、上記の違いを「直接侵害拡張アプローチ」と「間接侵害アプローチ」の違いとして整理する見解として、前田健「侵害主体論と著作物の私的利用の集積—ロクラクⅡ・まねきTV最高裁判決の検討を契機として—」パテント64巻15号（2011）109頁以下がある）。

²⁴³ 前田陽一「著作権の間接侵害と民法理論——民法学史（物権的請求権と教唆・幫助の共同不法行為）の検討を通じて」著作権研究38号（2014）55～88頁を参照。

²⁴⁴ カラオケ装置のリース業者の著作権侵害責任が問題となった「ビデオメイツ」（水戸地判平成11年4月14日民集55巻2号247頁〔ビデオメイツ〕、東京高判平成11年11月29日民集55巻2号266頁〔同控訴審〕、最判平成13年3月2日民集55巻2号185頁〔同上告審〕）事件において、裁判所は、リース業者に注意義務があるとして、その著作権侵害責任を認めたが、この事件においては差止めが請求されていなかったもので、最高裁がリース業者の侵害主体性を認めたわけではないことに注意が必要である。

他方、「ヒット・ワン」事件（大阪地判平成15年2月13日判時1842号120頁〔ヒット・ワン〕）において、大阪地方裁判所は、注意義務のみに基づき差止請求までも認定したが、その後、被告は控訴を取り下げたため、上級審の判断を仰ぐことができなかった。ただし、差止請求の具体的内容は、リース業者の一般的な賃貸行為を禁止するのではなく、無許諾の店舗に対してのみ、同事件における著作物の使用禁止措置を行うよう命じたのにすぎない。ゆえに、少なくとも、同差止請求を認めた理由は、当該リース業者が自ら著作物の利用行為を行ったというところにはないように思われる。

なぜなら、著作権法上の明文がないなかで、直接侵害の主体ではない間接侵害者の行為について法的責任を問うとすれば、民法上の一般不法行為として処理するほかない。そして、著作権侵害事件に限らず、一般的にいえば、不法行為法の枠組みの下で差止請求を認めることについて、多くの裁判所は躊躇を感じているように思われる²⁴⁵。このような状況下では、不法行為の一般的な救済に関する裁判実務の伝統に挑戦するよりは、著作権法の枠組み内に限定して侵害主体の認定のところで規範的な手法を採用する手法のほうが、他の法分野に影響しないという意味で実践的なアプローチであると感じ得られるという事情があるように思われる。

前述したように、「まねき TV」事件控訴審判決は、自動公衆送信装置の該当性の判断には送信主体基準を採用すべきではないと考えたため、送信主体について判断を控えた。他方、第一審判決と上告審判決の判断は対照的であり、第一審判決は、送信が各利用者の指令により開始すること等を理由に、各利用者が送信の主体であり、被告の役割が利用者個人の適法な利用のための補助的なサービスを提供したにすぎないと認定したのに対し、上告審判決は、被告がインターネットに接続されている自動送信装置をテレビアンテナに接続させ、これに関連する設定や管理を行っていたことを理由に、送信の主体が被告である

その後の〔選撮見録〕事件（大阪地判平成 17 年 10 月 24 日判時 1911 号 65 頁〔選撮見録〕）では、第一審判決は集団住宅向け録画システムの提供・管理者が直接侵害行為者ではないとしたものの、著作権法 112 条 1 項を類推適用して同提供・管理者に対する差止請求を認めた。しかしながら、この「間接侵害論」は、控訴審判決（大阪高判平成 19 年 6 月 14 日判時 1991 号 122 頁〔同控訴審〕）において用いられず、一般のカラオケ法理によって侵害主体性が肯定されている。

もっとも、インターネット掲示板に書き込まれた著作権を侵害する内容について、その管理者の著作権侵害責任が問題となった「2 ちゃんねる小学館」事件控訴審判決（東京高判平成 17 年 3 月 3 日判時 1893 号 126 頁〔2 ちゃんねる〕）は、他人による著作権侵害行為に対する管理者の過度の不作为を理由に、著作権侵害の不法行為責任のみならず、差止請求まで認めたが、その根拠が明確に示されたわけではない。

なお、著作権侵害事件ではないが、本判決後、商標権侵害事件において、商標法 36 条 2 項の解釈として、間接侵害者に対する差止請求権を認めた判決が現れている（知財高判平成 24 年 2 月 14 日判時 2161 号 86 頁〔Chupa Chups〕）。

²⁴⁵ 平井宜雄『債権各論 II 不法行為』（弘文堂・2010）106 頁によると、差止請求権の行使を不法行為の一般的効果とすることについて、「判例理論は必ずしも明確ではないが」、公害または生活妨害事件など数少ない下級審判決（大阪地判昭和 43 年 5 月 22 日判タ 225 号 120 頁〔大阪空港騒音〕や東京地判昭和 43 年 9 月 10 日判タ 227 号 88 頁〔日照権〕など）を除いて、「やはり否定しているものと解される」。

と認定している。したがって、同上告審判決は少なくとも「間接侵害論」を採用していないことが明らかである。

間接侵害類型に対して著作権侵害を認めた従来の裁判例に関しては、事案の類型に即して「人的行為支配型」（または「場所機会提供型」）、「物的手段提供型」（または「道具提供型」）、及びシステム提供型という三種類に分類する見解があるが²⁴⁶、本稿では、この分類を参照して、規範的な主体論を用いて認定した行為と物理的な利用行為との距離を基準としつつ、本判決が間接侵害論を採用しなかったことに鑑み、規範的な侵害主体論に集中して裁判例等を検討することとする。

1. 他人への支配・管理によって主体性が判断された場合

この場合、著作物の利用行為を物理的に行う者が明らかに存在する。たとえば、「中部観光」即時抗告審事件²⁴⁷においては、抗告人が、その経営する社交場営業所で、相手方である日本音楽著作権協会が権利を有する楽曲を、第三者たる楽団に演奏させる行為が問題となった。裁判所は、演奏される曲目の選定が楽団に委ねられているとしても、このような選定が抗告人が「自由に支配しうる」ものであること、演奏行為により抗告人が「営業上多大の効果と収益を挙げている」ことを理由に、音楽著作物の使用者は抗告人と解さなければならない、と認定した。この事件において、楽団が物理的に楽器を用いて「演奏」を行ったことには異論がないだろう。しかしながら、裁判所は、楽団による楽曲の選定・演奏行為に対して支配的地位を有する者こそ、音楽著作物を「使用」し、楽譜の「興行権」を侵害したと認めるべきであると判断した。同様の理を用いた裁判例として、「ナニワ観光」事件がある²⁴⁸。

これらの初期段階の規範的主体論²⁴⁹を適用した裁判例は、その判文の中で、物理的な利用者に対しては「演奏」、規範的な利用者に対しては「使用」という異なる文言を使うことによって、物理的利用者と規範の利用者を明瞭に区別する意図があったのではないかと

²⁴⁶ 田村善之「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題（2）—寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用—」知的財産法政策学研究 17 号（2007）83～95 頁、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（2007）143～190 頁。

²⁴⁷ 名古屋高決昭和 35 年 4 月 27 日下民集 11 巻 4 号 940 頁 [中部観光]。

²⁴⁸ これは、ほぼ同じ理論構成を用いて楽団に「演奏させた」主体が音楽著作物を「使用」した者であり、興行権を侵害したと判断した裁判例である（大阪地判昭和 42 年 8 月 21 日無体集 2 巻 1 号 272 頁 [ナニワ観光]、大阪高判昭和 45 年 4 月 30 日無体集 2 巻 1 号 252 頁 [同控訴審]）。

²⁴⁹ 同事件の論理は「手足論」とも呼ばれるが、著作権侵害事件における規範的な主体論の萌芽とみられる手法であることに変わりはないと思われる。

推察される。これは、旧著作権法において「興行権」に関する定義規定がなく、「演奏」や「使用」のような日常用語を用いて解釈を行う余地が大きかったからであろう。

しかしながら、昭和 45 年著作権法は、旧法にあった「興行権」を上演権・上映権・演奏権などに分けて定めている。その結果、具体的な事件において、裁判所は、「演奏」のような生活用語に関する常識的用語であっても、問題となった行為を具体的な支分権規定に当てはめる必要が生じた。たとえば、「ビートル・フィーバー」仮処分異議事件²⁵⁰において、裁判所は、債務者が公演企画者であり、公演から経済上の利益を得ることができるなどの要素を総合衡量し、公演中の楽曲の「演奏」が債務者の行為であると認定している。

このような傾向が定着したのは、「クラブ・キャッツアイ」事件²⁵¹においてである。同事件上告審判決は、「飲食店のホステスの場合はもちろん」、飲食店の顧客が同店に設置されているカラオケ装置を使って歌唱をした場合であっても、顧客の選曲などに対して飲食店側が勧誘ないし「管理」していること、及び顧客の歌唱から「営業上の利益」を得ていることから、飲食店側が「歌唱」の主体であると認定した。他人の行為に対して支配という程度にまでは至らず、管理の程度に止まる場合であっても規範的な主体性を肯定しうるという法理は、後にいわゆる「カラオケ」法理と名付けられるに至った。

同法理の最も特徴的な点は、従来の判例が採用した他人の行為への「支配性」要件を緩和させ、「管理性」にまで拡張させたところにあるといえよう。その背景には、当時の著作権法の附則 14 条によって「政令で定める事業」以外の事業において適法に録音された音楽著作物の演奏による再生を自由に行い得るものとされていたため、著作権侵害の責任を認めようとする、従業員や顧客の「歌唱」による演奏に着目するほかなかったからである²⁵²。

²⁵⁰ 東京地判昭和 54 年 8 月 31 日無体集 11 巻 2 号 439 頁 [ビートル・フィーバー]。

²⁵¹ 最判昭和 63 年 3 月 15 日民集 42 巻 3 号 199 頁 [クラブ・キャッツアイ]。

²⁵² 「クラブ・キャッツアイ」事件における伊藤正己裁判官の意見のように、「政令で定める事業」に対する解釈により、「カラオケ装置に着目し、カラオケ装置によるカラオケテープの再生自体を演奏権の侵害と捉える」という手法もあり得たところである。附則 14 条は演奏権に対する制限を定める一方で、その制限規定の例外として「政令で定めるものにおいて行われるもの」を除外するとしていた。この「政令で定めるものにおいて行われるもの」とは、著作権法施行令附則 3 条 1 号によると、「喫茶店その他客に飲食をさせる営業で、客に音楽を鑑賞させることを営業の内容とする旨を広告し、又は客に音楽を鑑賞させるための特別の設備を設けているもの」である。伊藤裁判官の意見は、本件のカラオケ装置の設置が「客に音楽を鑑賞させるための特別の設備…に準ずるもの」であり、演奏権が制限されない、というものである。その後、カラオケボックスの事案において主流となり、伊藤裁判官の手法を適用し、「カラオケボックスが『客に音楽を鑑賞させるための

この他、否定例ではあるが、この類型の論理を用いた裁判例として、「スターデジオⅡ」事件²⁵³がある。すでに言及した通り、被告の一人である放送事業者が、レコード会社数社からなる原告らが著作隣接権を有する商業用レコードを使用し、デジタル方式の有線放送を行ったところ、レコード製作者は、放送に係る二次使用料のみを請求する権利しか有せず、複製権以外の著作隣接権侵害を理由に損害賠償請求ないし差止請求を行うことができない（著作権法 97 条 1 項）。しかしながら、この事件の被告が同一セットの楽曲をデジタル方式で繰り返し放送することによって、その受信者らが容易に楽曲の私的複製を行うことができたため、原告はあえて被告による複製権侵害を訴えたのである。具体的には、被告が行う放送のための収録行為が受信者による複製行為の「実質的な部分」であり、また、放送番組の受信者による録音行為を積極的に援助・誘引・助長した被告の行為は管理・支配の程度に達していると主張して、被告が複製行為の主体であるという手足論を展開した²⁵⁴。しかしながら、同判決は、受信者による録音が「被告の右行為による必然的な経過として生じるものではなく、受信者個々人の自由意思に基づく選択によって結果的に生じるものにすぎないのであるから」、被告による収録が録音＝複製行為の実質的な部分と言えず、受信者が録音を行うか否かは被告がコントロールし得るものでもないため、被告の行為が受信者行為に対する管理・支配の程度に達したとすることはできず、ゆえに被告の規範的な主体性も成立しないと帰結した²⁵⁵。

特別の設備』を設けている」と認定することで、演奏権に対する制限規定が働かないと明言する裁判例が現れている（東京地判平成 10 年 8 月 27 日判時 1654 号 34 頁 [ビッグエコー]、東京高判平成 11 年 7 月 13 日判時 1696 号 137 頁 [同控訴審]）。もっとも、これらの判決は、他方で、カラオケ装置を使用する主体をカラオケボックスの経営者とするにより、カラオケ装置による上映、及び顧客の歌唱による演奏の主体がカラオケボックスの営業主と認定する手法も合わせて採用している。

なお、著作権法附則 14 条は、平成 11 年 6 月 23 日の著作権法改正により削除されている（平成 12 年 1 月 1 日施行）。

²⁵³ 東京地判平成 12 年 5 月 16 日判時 1751 号 149 頁 [スターデジオⅡ]。

²⁵⁴ 本件では、上記の放送過程における音源データの一時的な蓄積が著作権法上の複製といえるか否かも主な争点であった。

²⁵⁵ 既に述べた通り、同事件の当事者は放送や有線放送の権利を有せず、放送・有線放送に係る二次使用料請求権しか有していないレコード製作者である。レコード製作者の権利に対してこのような制限を設けた趣旨は、「商業用レコードが放送等で盛んに使用されるとその売行きが低下して商業用レコード製造の機会を失う」とは言い難く、むしろ放送等が売行きを向上させる役割を果たしているというべきでありますから、レコード製作者に著作隣接権としてのレコードの放送権や有線放送権を否定した代償として、通常の予定使用

もっとも、この法理を用いた肯定例の中にあっても、各事案における管理・支配の程度には様々なものがある。例えば、「中部観光」事件や「ビートル・フィーバー」仮処分異議事件、「我々のファウスト」事件において、規範的な利用主体は、物理的に演奏や上演行為を行った者に対して雇用関係にある使用者に類似する地位を有しており、積極的に物理的な利用行為を促す者であったと評価しうる事案であったように思われる。一方、「クラブ・キャッツアイ」事件のようなカラオケ社交飲食店の場合には、顧客の歌唱は、「スターデジオⅡ」事件における受信者と同様、自由意思により行われなくてもあるだろう。そこでは、規範的な利用主体と認定されたカラオケ店舗の経営者は、物理的な利用者に対して何ら法的な権原も有せず、消極的に場所や装置を提供しているにすぎない。このような者に対してまで、規範的な利用主体性を肯定する法理に対しては、当初から批判が加えられた²⁵⁶。それにもかかわらず、最高裁判決によって確立された法理として認識された「カラオケ」法理は、カラオケボックスのように消極的に場所や装置を提供するにすぎない事

範囲を超えた使用によって利益をあげている放送事業者等の収益の一部をレコード製作者に還元させるべきであるという法益均衡論の考え方に」ある（加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』（著作権情報センター・2013）628頁を参照）。この趣旨に鑑みても、二次使用料請求権による制限を迂回しようとするレコード製作者の請求は支持されるべきではないだろう。

²⁵⁶ そもそも、「クラブ・キャッツアイ」事件上告審判決における伊藤正己裁判官の意見が、「客は……歌唱するかしないかは全く客の自由に任されているのであり、その自由意思によって音楽著作物の利用が行われているのであるから、営業主たる上告人らが主体的に音楽著作物の利用にかかわっているということとはできない」ということを指摘していた。また、多くの学説は、カラオケ法理には法的な擬制のきらいがあり、カラオケという個別の事案を離れた一般的な射程を有する法理として通用させてはならないと考えている（高部眞規子「著作権侵害の主体について」ジュリスト1306号（2006）114～133頁）。さらには、カラオケ法理の根拠及び射程にも疑問が呈されており、社会状況の変化やその適用の効果によってその射程が制限されなければならないといわれている（上野達弘「いわゆる「カラオケ法理」の再検討」『知的財産権法と競争法の現代的展開——紋谷暢男教授古稀記念』（発明協会・2006）781～799頁、奥邨弘司「変質するカラオケ法理とその見解についての一考察——録画ネット事件とまねきTV事件を踏まえて」情報ネットワーク・ローレビュー6号（2007）38～53頁など）。さらに、前述した附則14条の撤廃や、カラオケ店舗の実態が単純なテープ演奏からレーザーディスクによる動画を伴った上映、さらには有線カラオケによる配信へと変化してくるにつれて、「カラオケ法理」を用いることなく、これらのサービスを侵害に問いうるということが指摘されている（田村善之『著作権法概説〔第2版〕』（有斐閣・2001）176～178頁）。

案を含めて、一般にカラオケ店舗の経営者において広く適用されるようになった²⁵⁷²⁵⁸。

2. 装置への支配・管理によって主体性が判断された場合

カラオケクラブ等と異なり、サービス提供者が各サービスのユーザーに対して支配・管理を行う立場に立っていると言いがたい場合に関しても、司法実務は、装置に対する支配・管理に着目し、サービス提供者を規範的主体として捉えることがある²⁵⁹。

²⁵⁷ 高松地判平成3年1月29日判タ753号217頁[クラブクラ・まはらじゃ]、大阪地判平成6年3月17日知裁集29巻1号230頁[魅留来]、大阪高判平成9年2月27日知裁集29巻1号213頁[同控訴審]、大阪地判平成6年4月12日判時1496号38頁[大阪カラオケスナック刑事]、水戸地判平成11年4月14日民集55巻2号247頁[ビデオメイツ]、東京高判平成11年11月29日民集55巻2号266頁[同控訴審]、最判平成13年3月2日民集55巻2号185頁[同上告審]（もともと、「ビデオメイツ」の第一審及び控訴審においては、カラオケリース業者のビデオメイツのみならず、カラオケ社交飲食店も訴訟の当事者とされていた。「ビデオメイツ」事件のいずれの審級も「カラオケ法理」を踏襲し、カラオケ装置による音楽著作物の演奏・上映だけではなく、顧客や従業員による歌唱についても、カラオケ社交飲食店がこれらの行為主体であると認定した。その後、カラオケ社交飲食店が上告を取り下げた）などがある。

²⁵⁸ もともと、前述したように、他人への「管理」によって主体性を判断することがカラオケ法理の特徴である以上、元来、「支配」を認定できる事案では、同法理に依拠する必要性に乏しい。前述したように、「クラブキャッツアイ」事件最判以前から、他人の行為に対する「支配」によって主体性を認める裁判例が散見されていたところである。「クラブ・キャッツアイ」事件の後、カラオケ以外の事案において、同法理を用いたとされる裁判例としては、たとえば「我々のファウスト」事件（東京地判平成10年11月20日知裁集30巻4号841頁[我々のファウスト]）がある。この事件において、裁判所は、その文言上は、他人の行為への「管理」性及び営業上の利益性に基づき、公演の主催者が舞踊著作物の上演の主体であると認定しているので、「カラオケ」法理の射程内にあると指摘されている（田村善之「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題（2）—寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用—」知的財産法政策学研究17号（2007）86頁）。しかし、同事件の事案は、従前の「支配」の要件を用いても、主催者の主体性を肯定することに特に支障はない事案であったことに鑑みると、「クラブキャッツアイ」事件最判と平仄を合わせるために、判文において「管理」性要件と営業上の利益要件に言及されているとしても、実質的には「カラオケ」法理を援用する必要性に乏しい事件であったといえよう。

²⁵⁹ 道具の使用における支配・管理という判断基準をカラオケ法理の変質と認識する見解も多数存在する。奥邨弘司「著作権侵害の教唆・幫助・間接侵害」知財研フォーラム 87

たとえば、音楽著作物の電子ファイル交換サービスが問題となった「ファイルログ I」事件²⁶⁰において、裁判所は、形式的に、当該サービスのユーザーの著作権侵害行為がサービス経営者の管理の下で行われることを理由に、その経営者が著作権侵害の主体であると認定したが、その管理性認定にとって最も肝要なことは、サービス提供者が当該サービスの必要不可欠の交換ソフトに対する支配的な地位にあったということではないかと思われる。

また、テレビチューナー付きパソコンを操作する方法によりインターネットによるテレビ番組を録画・視聴を可能とするサービスが問題となった「録画ネット」事件²⁶¹において、仮処分申立決定は、サービス提供者による多くの装置への支配・管理に着目し、同サービスにおける複製が、サービスの利用者の管理・支配下ではなく、債務者の強い管理・支配下において行われていることを理由に、債務者が複製の主体であると認定した。さらに、その後の仮処分異議決定は、サービス利用者と債務者が共同行為者であると認定したが、同抗告審決定は、「利用者ではなく、抗告人が相手方の放送に係る本件放送についての複製行為を行っているものというべきである」と明言した。

さらに、集合住宅向けの録画システムが問題となった「選撮見録」事件²⁶²において、第一審判決は、当該システムを実現する商品の販売者を、複製または送信可能化の主体と認定することはできないとしながらも、当該販売行為を直接侵害行為と同視することで、著作権法 112 条 1 項の類推適用を肯定し差止請求を認めている。しかしながら、控訴審判決は、当該録画システムの特性や、販売者が保守管理を行っていることを斟酌して、販売者が「販売後も使用者による複製等の過程を技術的に決定・支配している」ことと、販売者が「使用者による違法的な複製行為等の維持・継続に関与し、これによって利益を受けている」ことを理由に、販売者が「規範的な意味において、独立して著作権・著作隣接権の侵害主体となる」と認定した。

また、CD 等の楽曲を携帯電話で聴くことができるようにする 1 対 1 のインターネット上

号（2011）42 頁。

²⁶⁰ 東京地決平成 14 年 4 月 11 日判時 1780 号 25 頁 [ファイルログ I]、東京地判平成 15 年 1 月 29 日判時 1810 号 29 頁 [同中間判決]、東京地判平成 15 年 12 月 17 日判時 1845 号 36 頁 [同第一審]、東京高判平成 17 年 3 月 31 日平成 16 年（ネ）第 405 号 [同控訴審]。

²⁶¹ 東京地決平成 16 年 10 月 7 日判時 1895 号 120 頁 [録画ネット]、東京地決平成 17 年 5 月 31 日平成 16 年（モ）第 15793 号 [同仮処分異議]、知財高決平成 17 年 11 月 15 日平成 17 年（ラ）第 10007 号 [同抗告審]。

²⁶² 大阪地判平成 17 年 10 月 24 日判時 1911 号 65 頁 [選撮見録]、大阪高判平成 19 年 6 月 14 日判時 1991 号 122 頁 [同控訴審]。

のストレージ・サービスが問題となった「MYUTA」事件²⁶³において、裁判所は、当該サービスの中心的役割を果たすサーバを所有・支配・設置・管理していることやユーザーソフトを提供していること等に着目し、サービス利用者による複製行為と、自動公衆送信行為がサービス提供者の管理の下で行われていると評価できることを理由に、サービス提供者が複製行為と自動公衆送信行為の主体であると認定した。しかも、「ファイルログ」事件や「TV ブレイク」事件ではサービス利用者の主体性が否定されなかったのに対し、「MYUTA」事件判決においては、サービス利用者は、その行為を観念できるとしても、著作権法上の複製行為と自動公衆送信行為の主体にはならないと明言されている。

他方、動画投稿サイトの運営者の法的責任が問題となった「TV ブレイク」事件²⁶⁴において、第一審判決は、運営者によるサーバ、専用ソフトウェアに対する管理支配を重要視し、「当該運営者が著作権侵害行為を支配管理できる地位にありながら著作権侵害行為を誘引、招来、拡大させてこれにより利得を得る者であって、侵害行為を直接に行う者と同視できる」と認定した。控訴審判決もこれに同調している。

3. 総合衡量論

以上に紹介した通り、従来の裁判例は他人の行為または装置等の使用に対する支配・管理性をもって著作物利用の規範的な主体を判断しているが、その支配・管理の程度には多様性があり、主体性に関する判断を確定的に予測することが困難な場合がある。前述した「スターデジオⅡ」事件はその典型例といえるが、上級審の判断を仰ぐことなく終了したため²⁶⁵、大きな反響を巻き起こすことはなかった。規範的な主体論という法理の有する不確定性という難点を再び露呈し、大きな論議を呼んだのが「ロクラクⅡ」事件²⁶⁶である。

「まねき TV」と同じく放送番組の転送サービスが争点²⁶⁷となったこの事件において、第

²⁶³ 東京地判平成 19 年 5 月 25 日判時 1979 号 100 頁 [MYUTA]。

²⁶⁴ 東京地判平成 21 年 11 月 13 日判時 2076 号 93 頁 [TV ブレイク]、知財高判平成 22 年 9 月 8 日判時 2115 号 102 頁 [同控訴審]。

²⁶⁵ その後、敗訴した原告であるレコード会社等は控訴したものの、被告等との和解が成立したため、控訴を取り下げた。和解協議の内容については、<https://www.riaj.or.jp/release/2002/pr021226.html>（最終アクセス日：2014 年 7 月 16 日）を参照。

²⁶⁶ 東京地判平成 20 年 5 月 28 日民集 65 巻 1 号 532 頁 [ロクラクⅡ]、知財高判平成 21 年 1 月 27 日民集 65 巻 1 号 632 頁 [同控訴審]、最判平成 23 年 1 月 20 日民集 65 巻 1 号 399 頁 [同上告審]、知財高判平成 24 年 1 月 31 日判時 2141 号 117 頁 [同差戻控訴審]。

²⁶⁷ 「まねき TV」事件で問題となったサービスはテレビ番組の同時転送であるが、「ロクラクⅡ」事件で問題となったサービスはテレビ番組の録画視聴である。また、「まねき TV」

一審判決²⁶⁸が、サービス提供者による親機等に対する管理支配性をもって複製の主体と認めるのに十分であると判断したのに対し、控訴審判決は、その管理の程度はいまだ実質的な管理・支配の水準に達していないと認定した。しかしながら、上告審判決は、サービス提供者による管理・支配に言及しながらも、「複製の主体の判断に当たっては、複製の対象、方法、複製への関与の内容、程度等の諸要素を考慮」すべきである、という総合衡量論を打ち出し、同サービスにおける複製装置の自動化、及びサービス提供者による複製装置への入力という2つの要素に着目し、サービス提供者が複製の主体であると認定した²⁶⁹。

「ロクラクⅡ」事件上告審判決は、複製主体の判断にあたって総合衡量法理を用いており、装置または著作物の利用過程への管理・支配性は諸衡量要素のひとつとして挙げられているに止まる。

確かに、従来、規範的主体を判断するために用いられてきた支配・管理性基準（対人の管理・支配性基準または対物の管理・支配性基準）は、その程度に対する評価次第で異なる結論に至りうるものであり、予見可能性を欠く法理であったと言わざるを得ない²⁷⁰。これは、デジタル技術がもたらす著作物の利用形態の多元化に対し、抽象的な条文や物理的な視点に着目する旧来型の手法では十分に対応できないことから必然的に生じる事態ということもできよう。ところが、これに代わる基準として「ロクラクⅡ」事件上告審判決が打ち出した総合衡量法理は、管理・支配性基準よりも潜在的に適用される範囲が広いも

事件における装置は市販の商品であるのに対し、「ロクラクⅡ」事件における装置はサービス提供者により製造・販売・貸与されるものである。ゆえに、「まねきTV」事件における主な争点は公衆送信権（自動公衆送信態様）や送信可能化権侵害の成否であるのに対し、「ロクラクⅡ」事件における主な争点は複製権侵害の成否であった。

²⁶⁸ なお、これに先行する仮処分申立事件の決定においても、東京地方裁判所は同じ結論を下している（東京地決平成19年3月30日平成18年（ヨ）第22046号〔ロクラクⅡ仮処分申立〕）。

²⁶⁹ さらに、金築誠志裁判官の補足意見によると、控訴審判決は「複製行為を、録画機器の操作という、利用者の物理的、自然的行為の側面に焦点を当てて観察したもの」であり、「本件録画の過程を物理的、自然的に観察する限りでも、原判決のように、録画の指示が利用者によってなされるという点にのみに重点を置くことは、相当ではない」。また、「カラオケ法理」を打ち出した「クラブ・キャッツアイ」事件上告審判決について、金築誠志裁判官の補足意見は、それも「単に物理的、自然的に観察するのではなく、社会的、経済的側面をも含めた総合的観察を行うことが相当であるとの考え方を根底においているもの」とであると理解している。

²⁷⁰ 鈴木将文「放送番組等の複製物の取得を可能にするサービスの提供者の複製主体性—ロクラクⅡ事件—」知財管理61巻10号（2011）1568～1569頁。

のとなってしまうっており、物理的な行為の重要性が明らかに低下する一方で、著作物への利用全過程における多数の行為に対する評価を事案ごとに行うことを要求するものであるため、結論の不確定性を質的に増大する危険性をはらんでいる²⁷¹。それにもかかわらず、最高裁が総合衡量法理を採用した背後には、「まねき TV」事件との関係に鑑みつつ、利用形態に即した判断基準を定立するという著作権法の喫緊な課題を克服するという意図が存するのではないかと推察される。この点については、後述（4）における「まねき TV」事件と「ロクラクⅡ」事件との関係に関する分析の際に詳述することにしたい。

Ⅲ 「まねき TV」事件上告審判決の論理について

ここで、上に示した従来の裁判実務における規範的な主体論を踏まえつつ、「まねき TV」事件における各裁判所が用いた主体論の位置づけの分析を試みてみよう。

まず、公衆要件の判断よりも自動送信主体の判断を先行させた本件の仮処分申立事件決定は、本件装置に対する管理・支配性というよりは、a. 本件装置が名実ともに利用者に所有されること、b. その使用に技術的な困難が存在しないこと²⁷²、c. 各利用者が所有する装置が互いに無関係で独立に稼働すること、d. 送信の具体的内容を決定するのはサービス提供者ではないこと、e. サービス提供者が利用者の視聴行為を管理していないことを重視し、サービス提供者の主体性を否定した。

同抗告審決定は、結論は同じであるものの、その理由を、自動公衆送信装置に独自の公衆要件を課し、本件装置が自動公衆送信装置に該当しないことに求めており、それがゆえに本件サービス提供者は「自動公衆送信」または「送信可能化」の主体になりえないと認定した。

これに対して、第一審判決は、抗告審決定における知財高裁の論理に従わず、再び送信主体の判断を先行させ、仮処分決定で用いられた論理通りにサービス提供者の侵害主体性

²⁷¹ 最近注目されている「自炊代行」著作権侵害事件（東京地判平成 25 年 9 月 30 日平成 24 年（ワ）第 33525 号 [サンドリーム]、東京地判平成 25 年 10 月 30 日平成 24 年（ワ）第 33533 号 [ユーブランニング]）において、いずれの判決も、書籍の電子化作業を代行するサービスについて、単にその物理的な側面を捉えるのではなく、その一連の行為が、サービス提供者の支配下にあり、複製の実現に当たり「枢要な行為」であることを理由に、サービス提供者の主体性を認定した。これに対し、「MYUTA」事件のような「複製対象コンテンツをサービス利用者側が用意し機器に入力する事例」では、「直接的な利用行為の主体は利用者」と認定される可能性がむしろ高いとすらいえる」（金子敏哉「テレビ番組の録画・転送に係るサービスと複製の主体（ロクラクⅡ 上告審）」速報判例解説 9 号（2011）287 頁）。

²⁷² 同要素は前記した「MYUTA」事件判決においても非常に重視された要素である。

を否定した。しかし、控訴審判決は、やはり同裁判所が下した先の抗告審決定の論理に拘り、自動公衆送信装置の非該当性から侵害主体性を否定したのである²⁷³。

以上をまとめると、東京地裁は、従来の裁判実務において採用されてきた「他人への支配・管理」と「道具への支配・管理」両基準をともに参照しつつ、本件における支配・管理の程度が主体性の判断に必要な程度に達していないとしたのに対し、知財高裁は、自動公衆送信の判断に、自動公衆送信装置が客観的に存在することを前提とし、規範的な主体判断はおろか一般的意味における送信主体の判断すら回避したのである。

しかしながら、上告審判決によれば、a. 自動公衆送信の主体を判断するのに先立って、「自動送信」装置が「自動送信」できる状態を作り出す行為を行う者が誰であるのかということ判断すべきである、b. 特に電気通信回線に接続している自動送信装置に継続的に情報が入力されている場合には、入力者が送信の主体である、c. 送信装置の特徴に照らし、仮に装置が既にインターネット上に接続されていれば、これをテレビアンテナに接続させ、かかる設定・設置・管理をも行えば、自動的に送信できるようになる、とされる。この論理の枠組みの下では、インターネットへの接続を除く一連の行為が入力となり、ゆえに、これらの行為を行う者が入力者となる。

他方、東京地裁は、各サービス利用者が送信の主体であると認定したのに対し、上告審判決は、各受信者がその手元にある端末を操作する行為は、自動公衆送信の定義にいう「求め」に該当すると位置づけている²⁷⁴。

²⁷³ もっとも、控訴審判決は、傍論として、たとえ「公衆」要件の判断において送信主体基準を採用すべきであり、かつ、本件被告が送信主体であると仮定したとしても、本件被告にとっても任意の一台の装置を通じて行われた送信は、公衆に対するものにはなりえないと述べ、規範的な主体論を用いて被告を送信主体と認定する判断に与したとしても、いずれにせよ、自動公衆送信装置が必要となると控訴審が考えている独自の公衆要件が充足されることはないため、著作権侵害が成立しないことには変わりない旨を明言した。この傍論は、控訴審といえどもそれまで裁判実務の趨勢を示していた規範的な主体論を否定するわけではなく、ただ、自動公衆送信の前提となる（と控訴審が考えていた）自動「公衆」送信装置が本件では存しないことこそが、本件において公衆送信該当性が否定される理由であることを明確化するとともに、このように公衆要件を駆使して侵害主体該当性を論じる必要をなくすことで、従前、規範的主体論に加えられていた予測不可能という批判を、幾分なりとも和らげることを意図したのではないかと思われる。

²⁷⁴ すなわち、サービス利用者のインターネットを通じて指令を送る行為は、「求め」を超える意味を有する行為であるとはいえないので、サービス利用者は送信の主体ではないというのである。山田真紀「最高裁重要判例解説（まねき TV 事件）」Law & Technology 51号（2011）102頁を参照。

IV 検討

以上見てきたように、従来、著作物の利用主体の規範的な判断は、利用行為の形態に係らず、利用過程に着目し、他人の行為または装置への支配・管理性の程度次第で結論を違えるというアプローチが取られていた。実務の発展とともに、複製、演奏、公衆送信といった各種利用行為に特化した理論ではなく、より一般的な射程を有する規範的な主体論や間接侵害に関する研究が盛んになされてきた²⁷⁵。

そこでは、演奏・上演や複製のような、既に一般的に使用されている日常用語でありながら、著作権法にも取り入られている利用概念に関して、その主体に関する法的判断が日常生活の感覚と齟齬をきたす事例が頻出しており、それがゆえにこの種の規範的判断は絶えず批判に晒されてきたのである。本件まねき TV 上告審判決に対しても、こうした一連

²⁷⁵ 主な文献として、高部真規子「著作権侵害の主体について」ジュリスト 1306 号 (2006) 114～133 頁、上野達弘「いわゆる「カラオケ法理」の再検討」『知的財産権法と競争法の現代的展開——紋谷暢男教授古稀記念』(発明協会・2006) 781～799 頁、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 (2007) 143～189 頁、田村善之「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題 (2) —寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用—」知的財産法政策学研究 17 号 (2007) 83～95 頁、潮海久雄「著作権侵害の責任主体——不法行為法および私的複製・公衆送信権の視点から」野村豊弘・牧野利秋【編】『現代社会と著作権法——斉藤博先生御退職記念論集』(弘文堂・2008) 197～227 頁、平嶋竜太「著作権侵害主体の評価をめぐる議論について——私的利用領域の拡大と差止範囲画定の視点から」野村豊弘・牧野利秋【編】『現代社会と著作権法——斉藤博先生御退職記念論集』(弘文堂・2008) 228～260 頁、奥邨弘司「著作権の間接侵害—日米裁判例の動向と実務への影響、今後の課題—」コピーライト 582 号 (2009) 2～30 頁、田村善之「著作権の間接侵害」知的財産法政策学研究 26 号 (2010) 35～73 頁、大淵哲也「著作権侵害に対する救済 (1)・(2)」法学教室 356 号・360 号 (2010) 142～151 頁・137～143 頁、田村俊明「著作権侵害の主体を巡る法的理論」知的財産専門研究 7 号 (2010) 229～257 頁、今村哲也・奥邨弘司「著作権の侵害主体」高林龍【編著】『著作権ビジネスの理論と実践 II』(成文堂・2011) 279～317 頁、大淵哲也「著作権間接侵害考察のための 2 本の分析軸」高林龍・三村量一・竹中俊子【編】『現代知的財産講座 I 知的財産法の理論的探究』(日本評論社・2012) 251～272 頁、大淵哲也「著作権間接侵害の基本的枠組 (前編)」著作権研究 38 号 (2014) 2～53 頁、前田陽一「著作権の間接侵害と民法理論——民法学史 (物権的請求権と教唆・幫助の共同不法行為) の検討を通じて」著作権研究 38 号 (2014) 55～88 頁、三村量一「カラオケ法理の考え方と最高裁判決」著作権研究 38 号 (2014) 89～103 頁などがある。

の流れの中で、「ロクラクⅡ」事件上告審判決と並んで、総合衡量法理を打ち出した判決であるとの理解に立脚した批判が加えられている²⁷⁶。しかしながら、公衆送信とりわけ自動公衆送信や送信可能化という概念が、デジタル技術に対応し、国際条約を実施するために作り出されたものであるということを念頭に置きながら、本件上告審判決の論理を紐解く場合には、果たして同判決が示した侵害主体の行為が、「物理的」利用行為ではない、規範的な利用行為と位置づけることが正鵠を射た理解といえるのかということが問題となる。

1. 法規範の沿革・意義・趣旨という視点から

前述の通り、公衆要件の判断は、送信主体を判断した後でなされなければならないものである以上、まずは、公衆概念を省いた自動送信の主体の判断を先行させる必要がある。著作権法における公衆送信及び自動公衆送信の定義に鑑みれば、自動送信の主体とは、すなわち「受信者によって直接受信を目的として、受信者の求めに応じて自動的に送信」する主体である。送信が受信者の求めに応じて「自動的に」行われるということは、送信が開始する時点で、送信者が特に何らかの行為を行うことはなく、あるのは受信者のリクエスト行為のみである、ということの意味する²⁷⁷。自動公衆送信の主体を判断するにあたって、送信が行われる時点で何らかの行為を必要としないとすれば、本件の場合、端的に送信の始点となるテレビアンテナが被告の営業所にあることをもって、送信の主体が被告であると認定することに、文言解釈上何らの支障もない²⁷⁸。そこにあえて規範的主体論を介在させる必要性はどこにもない。

²⁷⁶ 田村善之『ライブ講義 知的財産法』（弘文堂・2012）462頁。

²⁷⁷ 「自動的に」について、半田正夫・松田政行【編】『著作権法コンメンタール1』（勁草書房・2009）189頁〔水谷直樹氏執筆担当部分〕も同様に理解している。すなわち、「「自動的に」とは、公衆からの求めがあった場合に、人間による格別の操作を経ることなく、自動的に送信することを内容としている」。

²⁷⁸ もっとも、自動公衆送信の定義規定のみを根拠として、自動送信の主体を判断することはかなり恣意的に行われる可能性もある。実際、「ロケットニュース動画リンク」事件（大阪地判平成25年6月20日平成23年（ワ）第15245号「ロケットニュース動画リンク」）において、判決は端的に、同事件における動画が動画サイトのサーバから送信されたことを理由に、その送信の主体が動画サイトの管理者であると明言している。もっとも、同事件で問題となったのは動画サイトにアップロードされていた動画へのリンクを張る行為であり、動画サイトの管理者はそもそも訴訟に参加しなかったため、動画サイト管理者の責任は争点とならなかった。

また、送信可能化の主体²⁷⁹とは、定義規定に例示されている5つの行為を行うことにより、「受信者の求めに応じて自動的に送信」しうようにする主体である。本件送信過程において情報の固定・蓄積がなく、送信終了後にも情報が残留しないことに鑑みれば、本件送信が問題となるのは、入力型送信可能化の該当性のみである。自動公衆送信に比し、送信可能化に関する定義規定は詳細であり、その主体を物理的に判断することも容易であると思われる。すなわち、上記自動公衆送信に関する分析にあつては、被告以外に積極的に物理的な行為をなしている者が存在するののかということを問うたが、それとは逆に、受信者が本件において果たしていかなる物理的な行為をなしているのかということに着目すると、個々の受信者は、それぞれの送信装置を被告の営業所まで送ってはいないものの、そこから受信のリクエストを行うまで、送信装置をコントロールすることができないことを指摘しうる。換言すれば、送信装置が被告の営業所に到達してから自動送信できる状態に至るまでの行為は、すべて被告によって完成されているのである²⁸⁰。したがって、現実には送信が行われる前に、本件自動送信装置に情報を入力し、これを自動送信できるようにしたのも被告にほかならないと考えるべきである。

そもそも、自動公衆送信と送信可能化は、同じ態様の送信が行われる過程における異なる段階にすぎず、その境界線は送信が現実を開始する時点であるため、その区別は受信者のリクエストの有無にすぎない²⁸¹。このことに鑑みれば、両者の主体が同じ者と評価され

²⁷⁹ 送信可能化の定義規定にある「自動公衆送信」、「自動公衆送信装置」、「公衆の用に供されている電気通信回線」及び「公衆送信用記録媒体」等の一連の概念の公衆要件が、前述した通り、送信の主体を判断してから判断しなければならないことに鑑みて、送信可能化の主体を論じる本節では、意図的に公衆という構成要件を考慮しないこととする。

²⁸⁰ したがって、本判決は、本件送信行為を、送信可能化のうち、既に電気通信回線に接続している場合に送信装置に入力するという形態（著作権法2条1項9号の5イ）として捉えるが、仮に本件送信行為をして情報が入力されている送信装置を電気通信回線へ接続させる形態（著作権法2条1項9号の5ロ）と捉えたとしても、主体認定の結論に変わるところはないと解される。すなわち、一口に「接続」行為と言っても、本件テレビアンテナへの「接続」は著作権法2条1項9号の5イが定める行為であり、インターネットへの「接続」は著作権法2条1項9号の5ロが定める行為である。

²⁸¹ このような思考は実務においても受け取られていると思われる。例えば、東京地判平成15年1月29日判時1810号29頁〔ファイルログⅠ 中間判決〕は、受信者の求めに応じて自動的に送信し得る状態に至った時点で、情報が送信可能化されたものであり、さらに、情報が受信側パソコンに送信された時点で、自動公衆送信がされたものと解することができる、と述べている。

ることは当然の理であるということもできよう²⁸²。「自動公衆送信の主体は、送信行為それ自体ではなく、送信が行われる得る状態に着目し、そのような状態にしている者が誰かという観点から判断されなければならない」²⁸³という見解も同様の理解を前提としていると思われる。本判決は、自動送信の主体を判断する際に、送信可能化の定義規定から、「公衆の用に供されている電気通信回線に接続して」いる自動送信装置に「入力」することを基準とし、よって自動公衆送信と送信可能化が同一過程の異なる段階であることを再確認している。

本件サービスの本質は、私的利用の集積にすぎないという見解もありうる。確かに、本件の場合、サービス提供者がいなくても、各サービス利用者が自動送信装置をその自宅に設置すれば、簡単にテレビ番組を視聴できるだろう。また、通常放送に必要となるものがテレビ等の市販の受信装置であるのと同様に、本件サービスに必要となるものも市販の自動送信装置でしかない。しかしながら、各サービス利用者が定期料金を支払ってまであえて本件サービスを利用する理由はどこにあるのかというと、おそらくサービス利用者の大半は、本件放送番組の媒体である電波を直接受信できる立場になく、ゆえに本件サービス提供者の転送サービスを必要とするのではないかと推察される。そうだとすると、多くの本件サービス利用者にとって、自ら受信できない電波を転送してくれるという点で、本件サービスは、通常の（同時再送信ではない）再放送・再有線放送とは質的に異なるものとなる。そして、無料で受信した電波を、自動送信装置を通じて送信するだけで相応の利益を得られるビジネス・チャンスがあるということは、本件番組がそれだけの利益を獲得する潜在的な可能性を秘めていることを意味している。そもそも、私的利用を自由にする理由は、それらが通常非効率的かつ非一斉に行われるからである。本件のサービスのように、一見、各サービス利用者がその所有する装置を利用するための環境を提供しているにすぎないように見えるが、結果的に各サービス利用者に効率的かつ一斉に（各サービス利用者によりそれぞれの自宅で設置する必要がない）送信することになるものは、このよ

²⁸² 奥邨弘司「判例研究：まねき TV 事件最高裁判決について」AIPPI56 巻 9 号（2011）29～30 頁、島並良「自動公衆送信の主体——まねき TV 事件」ジュリスト 1440 号・平成 23 年度重要判例解説（2012）282 頁も同旨。

²⁸³ 青江秀史・茶園成樹「第 8 章 インターネットと知的財産法」高橋和之・松井茂記・鈴木秀美【編】『インターネットと法〔第 4 版〕』（有斐閣・2010）269 頁。本件調査官解説も同見解を引用し、これに賛同する（山田真紀「最高裁重要判例解説（まねき TV 事件）」Law & Technology 51 号（2011）101 頁）。もっとも、同見解は、「かかる送信を公衆への送信と捉えるのであれば」ということを前提としており、本件のような、主体判断に先立って前に公衆への送信が成立するか否かを判断することができない事例を想定していない、ということとは否めない。

うな私的利用を著作権の範囲から除外する趣旨が妥当しないものであるように思われる。

さらに、デジタル技術の発展につれて、万全な機能を有する「自動装置」が普及し、著作物を享受する者がこれにワン・クリックの操作を施すだけで送信が行われる態様が主流になっていくだろう。自動送信装置を通じて最終的に著作物を享受（≠著作権法上の利用）する者が誰であろうと、著作物たる情報源をコントロールすることによって自動送信装置を機能させる者こそ送信の主体であると判断した本判決に対しては、こうした技術の将来の状況を見据えた明があると評価することもできよう。

2. 規範的主体論との関係について

以上の分析から明らかなように、本判決は主に自動公衆送信に関する著作権法の条文の文言に鑑みて本件送信の主体を被告であると認定した、と考えても差し支えないように思われる。ところが、本判決の採用した判断手法に対しては、行為の物理的な側面ではなく、規範的主体論と同様、規範的な側面を捉えたものであるという主張が散見される。端的に、本判決について、カラオケ法理ではなく、総合衡量説に舵を切ったとの評価もなされることがある。仮にカラオケ法理に従うとするならば、サービス利用者の行為は被告の支配管理の下にはないから、「支配管理性」という要件をみたさないゆえ、被告の行為が権利侵害にならないことになる、というのである²⁸⁴。他の多くの判例評釈も、判決が「支配管理性」や「営業上の利益性」に言及しなかったため、本件はカラオケ法理の変容的な適用の事例である²⁸⁵か、総合衡量説を適用したと主張している²⁸⁶。

しかしながら、本判決が用いた主体の判断基準は規範的主体論とは明らかに異なるものである。従前の裁判例では、「他人への支配・管理性」基準を用いる規範的主体論の第一類型、「装置への支配・管理性」基準を用いる規範的主体論の第二類型もともに、まず物理的な利用行為または利用主体を確認した上で、独自の判断基準を用いて他者を規範的利用主体としていた。これに対して、本判決は、公衆要件の判断にあたって被告と個々の受信者との関係に言及はしているものの、送信主体の判断において個々の受信者の行為に対する被告の支配・管理の存在を確認する作業はなしていない。他方、確かに、本判決は、入力基準を本件事案へ当てはめる際に、情報が継続的に入力されるようにする行為として、

²⁸⁴ 田村善之「著作権法に対する司法解釈のありかた——美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材に——」法曹時報 63 巻 5 号（2011）1033 頁。

²⁸⁵ 泉克幸「著作権法上における自動公衆送信装置および同装置による送信の主体——まねき TV 事件上告審判決——」知財管理 61 巻 9 号（2011）1386 頁。

²⁸⁶ 小泉直樹「まねき TV・ロクラク II 最判の論理構造とインパクト」ジュリスト 1423 号（2011）8 頁、今村哲也「放送番組を利用者からの求めに応じ自動的に送信する機能を有する機器を用いたサービスの適法性が争われた事例」速報判例解説 9 号（2011）276 頁。

ベースステーションをテレビアンテナと接続させる行為以外にも、テレビアンテナとベースステーションに対する管理という要素にも言及している。しかし、やはり前述の通り、個々の受信者の行為は自動送信する情報を受信するための「求め」にすぎない、という本判決の立場に鑑みれば、あくまでも物理的な利用行為に着目するという立場を堅持しつつ、入力という積極的に送信装置を機能させる状態を作り出すことに加えて、消極的にそのような状態を維持することもまた入力者判断の基準となりうるという立場を前提として、そのような状態を物理的に維持している者が誰であるのかということを確認したにすぎないと思われる²⁸⁷。要するに、本判決が展開した主体論は、規範的主体論ではなく、単に物理的に送信装置に入力する者を認定しているに止まるのである²⁸⁸。

他方、本件主体認定の手法は規範的であると主張する見解のうち、起草者の説明を根拠とするものも存在する²⁸⁹。本件被告の行為は、送信を仲介する通信設備を単に設置、管理、運営しているにすぎず、情報の記録やネットワークへの接続等を単純に依頼を受けて機械的に行うだけであるため、送信可能化に関する権利侵害の責任を問われるものではないはずである、というのである²⁹⁰。しかし、この説明が元来、前提としている事例は、既に電気通信回線に接続されている自動送信装置に情報を記録・入力する場合であり、「ネットワーク・プロバイダー」をその典型例とするものである。そこでは、プロバイダーはたしかに形式的には自らのサーバ＝自動公衆送信装置を常に電気通信回線と接続するように設置・管理してはいるものの、当該装置に記録・入力される情報を最初からコントロールしているわけではなく、他の誰かが他所からアップロードする情報を機械的に受け取るにすぎない。このようなプロバイダーの事例と、本件のように本件送信の情報源が被告営業所にあるテレビアンテナであるという事例とでは、問題となる状況が質的に異なるといわざるを得ない。本件にあっては、テレビアンテナを本件自動送信装置と接続させることに

²⁸⁷ 同様な見解を有するものとして、青江秀史・茶園成樹「第 8 章 インターネットと知的財産法」高橋和之・松井茂記・鈴木秀美【編】『インターネットと法〔第 4 版〕』（有斐閣・2010）269 頁を参照。

²⁸⁸ 少なくとも、本件の主体判断には、規範的な側面が大きいとはいえないという見解も存在する（山田真紀「最高裁重要判例解説（まねき TV 事件）」Law & Technology 51 号（2011）102 頁）。

²⁸⁹ 小泉直樹「まねき TV・ロクラク II 最判の論理構造とインパクト」ジュリスト 1423 号（2011）8 頁、同「自動公衆送信装置と送信の主体」民商法雑誌 145 巻 2 号 233 頁、泉克幸

「著作権法上における自動公衆送信装置および同装置による送信の主体——まねきTV事件上告審判決——」知財管理61巻9号（2011）1385～1386 頁。

²⁹⁰ 加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』（著作権情報センター・2013）45 頁。

よって初めてテレビ番組という情報が自動送信装置に入力されることになる。自動送信装置に情報を記録・入力する者は、記録・入力する前に既に情報そのものをコントロールし、またそれにアクセスできる状態にある者にほかならない²⁹¹。本判決は送信主体の認定について「規範的評価をするまでもないと考えている」との評価²⁹²は正鵠を射ていると考えられる。

以上の分析を踏まえると、本判決と「ロクラクⅡ」事件上告審判決との関係を如何に捉えるのかということが興味深い問題となる。「ロクラクⅡ」事件の事案は、まさに「公衆の用に供されている電気通信回線に接続することにより、当該装置に入力される情報を受信者からの求めに応じ自動的に送信する機能を有する装置が、公衆の用に供されている電気通信回線に接続しており」、これに情報が「記録」される場合であった。仮に「ロクラクⅡ」事件においても、本件と同様に、「公衆送信」権または「送信可能化」権侵害の成否が争点とされていたのであれば、本判決と同様、自動送信装置をテレビアンテナに接続させたサービス提供者を、情報の記録者、あるいは情報が記録される自動送信装置を電気通信回線と接続させる主体と見なすことが可能であったことに疑問はない。

ところが、「ロクラクⅡ」事件で問題とされたのは「複製」権侵害であった。そして、「複製」に関しては著作権法の条文上の立場が明確にされており、具体的には、受信者の「自動公衆送信を受信して行うデジタル方式の録音または録画」（いわゆる「ダウンロード」行為）は「複製」にあたると定められている（著作権法 30 条 1 項 3 号）。ここでは、送信者ではなく、受信者が「複製」の主体であることが明文上、前提とされているといわざるを得ない。このことは、条文を機械的に当てはめる限り、「ロクラクⅡ」事件においては、サービス提供者ではなく、個別のユーザーが「複製」の主体であると認定されざるを得ないことを意味している。ところで、「自動公衆送信」、「送信可能化」について下された「まねき TV」上告審判決の示した法理は、根幹においてサービスの態様を異にしない「ロクラクⅡ」事件の事案にもそのまま妥当するのであるから、「まねき TV」上告審の射程の下では、「ロクラクⅡ」事件におけるサービス提供者は「自動公衆送信」または「送信可能化」の主体であるということになる。すなわち、前者の「複製」に関し著作権法の明文から抽

²⁹¹ 逆にいえば、情報の行方を把握できない者が、おそらく入力者とされることはない。たとえば、本件装置にテレビアンテナが内蔵されている場合、送信可能化の主体が放送事業者自身となるという解釈は一見あり得るが、放送事業者は、このようなデータ変換を行なってそこからインターネットに転送するような機能を有する機器を想定しておらず、具体的認識を欠いていたため、「入力者」とはならないだろう（奥邨弘司「判例研究：まねき TV 事件最高裁判決について」AIPPI56 巻 9 号（2011）33 頁）。

²⁹² 田中豊「利用（侵害）主体判定の論理——要件事実論による評価」ジュリスト 1423 号（2011 年）17 頁。

出される論理と、後者の「自動公衆送信」、「送信可能化」に関し「まねき TV」上告審判決から導き出される論理の双方を「ロクラクⅡ」事件に適用すると、同事件で問題となったサービス業者は、「自動公衆送信」または「送信可能化」をなしているが、「複製」はなしていないという奇妙な結論に至ってしまう。これは、「等しいものは等しく扱う」という素朴な正義観から違和感を覚えざるを得ない結論といえよう。

くわえて、前者の著作権法の明文から要請される結論は、「ロクラクⅡ」事件における各受信者は、「著作権を侵害する自動公衆送信を受信してデジタル方式の録画」を行う者として、著作権侵害の民事ないし刑事責任を問われる可能性さえ存在することを意味する。

したがって、最高裁は、等しいものは等しく扱うとともに、一般的なサービス利用者に著作権法違反の危険に晒される可能性を回避するために、著作権法 30 条 1 項 3 号との法的インテグリティを犠牲にしてまで、「ロクラクⅡ」事件におけるサービス提供者を複製の主体と認定したのではないかと思われる²⁹³。

V 小括

一部に誤解があるが、「まねき TV」事件上告審判決は、著作物の利用主体の判断について、従来の裁判実務が発展させてきた「道具への支配・管理」基準を採用したものではない。同判決は、むしろ自動公衆送信という利用形態に即して、当該利用形態に必然的に使用される「自動送信装置」に情報を入力する者を判断する基準を示し、その当てはめにおいて、受信者の指示が自動公衆送信の定義にいう「求め」に該当するあることを確認し、もって受信者ではなくサービス業者が送信の主体であると認定したのである。ゆえに、同判決が着目しているのは行為の物理的な側面である。

²⁹³ このような法解釈は、實際上「自動複製可能化」という権利を著作権者ないし著作権隣接者に与えたのではないかと思われる。すなわち、サービス利用者の行為を複製のリクエストと位置づけ、同事件装置がそのリクエストに応じて自動複製をできる状態を作り出す行為こそ、直接的な利用行為に該当する。なお、自動複製過程におけるサービス利用者の行為をリクエストとみなす手法を、自動公衆送信過程におけるサービス利用者の行為がリクエストに該当することと同様に、「リクエスト者法理」と名付ける見解（大淵哲也「著作権間接侵害考察のための 2 本の分析軸」高林龍・三村量一・竹中俊子【編】『現代知的財産講座 I 知的財産法の理論的探究』（日本評論社・2012）256 頁。もっとも、同法理の前身と考えられる「ジュークボックス法理」について、大淵哲也「著作権侵害に対する救済（1）・（2）」法学教室 356 号（2010）142 頁注 4 を参照）が存在する。しかしながら、自動公衆送信と複製に関する制定法上の差異を念頭に置くと、同じ認定を、自動公衆送信の場合に適用することは文言解釈の範囲を越えないが、複製の場合に適用することは「擬制的」であると言わざるを得ない。

物理的に自動送信を行う主体であると認定するためには、自動送信装置への管理・支配ではなく、装置が自動公衆送信できる状態を作り出す者でなければならない。送信可能化の定義規定を参照すると、この「作り出す」行為には、情報の記録・入力と電気通信回線へ接続という 2 つの面が含まれるが、2 つの行為を行う者が異なる場合に、送信主体が何者であるかということに関しては、上記最高裁判決は判断を示していないが、少なくとも、その論理に鑑みれば、単に自動送信装置を製造、販売する者（例えば P2P ソフトウェアを開発・頒布する者）は通常、誰かが他所からアップロードする情報を機械的に受け取るにすぎないため、直ちに自動送信の主体にならないと思われる。

要するに、同判決の示した法理の下では、自動公衆送信・送信可能化に関する主体判断には、情報源をコントロールする者が誰であるのかということを確認することが重要になってくる。

もっとも、同判決について、多くの論者は、判旨の後半部分²⁹⁴のみを判決理由として理解する²⁹⁵。これを前提とすれば、確かに、同判決の射程は入力型の送信可能化またはその後の自動公衆送信に限定すべきであろう²⁹⁶。しかしながら、判旨の前半部分²⁹⁷を、特定の想定場面のない一般論と理解することはやや狭小な理解に過ぎると思われる。そもそも、同最高裁判決がその認定事実を確認する際に、サービス提供者によるテレビアンテナへの

²⁹⁴ 具体的にいえば、「公衆の用に供されている電気通信回線に接続することにより、当該装置に入力される情報を受信者からの求めに応じ自動的に送信する機能を有する装置が、公衆の用に供されている電気通信回線に接続しており、これに継続的に情報が入力されている場合には、当該装置に情報を入力する者が送信の主体である」、という部分である（山田真紀「最高裁重要判例解説（まねき TV 事件）」Law & Technology 51 号（2011）95 頁）。

²⁹⁵ 今村哲也「放送番組を利用者からの求めに応じ自動的に送信する機能を有する機器を用いたサービスの適法性が争われた事例」速報判例解説 9 号（2011）276 頁、奥邨弘司「まねき TV・ロクラク II 事件最判後の著作権の間接侵害論」パテント 64 巻 11 号（2011）94 頁、平成 23 年度著作権委員会第 3 部会「知っておきたい最新著作権判例」〔まねき TV 事件部分執筆担当：吉澤尚〕パテント 65 巻 4 号（2012）93 頁など。

²⁹⁶ 言い換えれば、これを本判決の「直接的な射程」とも呼ぶことができる。奥邨弘司「まねき TV・ロクラク II 事件最判後の著作権の間接侵害論」パテント 64 巻 11 号（2011）94 頁を参照。これに賛成するものとして、平成 23 年度著作権委員会第 3 部会「知っておきたい最新著作権判例」〔まねき TV 事件部分執筆担当：吉澤尚〕パテント 65 巻 4 号（2012）93 頁がある。

²⁹⁷ すなわち、自動公衆送信の主体は、自動送信「装置が受信者からの求めに応じ情報を自動的に送信することができる状態を作り出す行為を行う者と解するのが相当で」ある、という部分である。

接続行為とインターネットへの接続行為という両行為の順番について判断していないことに鑑みれば、仮にインターネットへの接続行為が時間的に後となるような行為であっても、判旨の前半部分に従って、インターネットへの接続行為を理由にサービス提供者が自動公衆送信または送信可能化の主体であると判断すると考えられる。実際、調査官解説も、「当該装置が情報を送信することができる状態をつくり出す行為には、状況に応じてさまざまな態様が考えられる」から、接続行為者を送信の主体と捉える場合が存在すると述べている²⁹⁸。これは、明らかに送信可能化の定義規定を参照して、自動送信の主体を判断することができるということを意味する。

さらに、同判旨に従えば、「公衆の用に供されている電気通信回線に接続することにより、当該装置に入力される情報を受信者からの求めに応じ自動的に送信する機能を有する装置が、公衆の用に供されている電気通信回線に接続しており」、これに情報が記録される場合には、電気通信回線への接続を行う者ではなく、情報を記録する者が送信の主体となる。本判決に対する反応として、一部には、本判決の論理の下では、一般的なストレージ・サービスのようなクラウド・サービス業が著作権侵害に問われかねないと危惧されることがある。一般的なクラウド・サービスのような、サービス利用者が自ら保持しているコンテンツを、クラウド・サービス提供者の蓄積サービスや接続サービスを通じて、時間や場所に拘らず利用できるようにする場合を想定するのであれば、本判決の論理の下でも、情報の入力者はサービス提供者ではなく、各サービス利用者となるはずである。クラウド・サービス提供者を著作物の直接的な利用主体として捉えることを避けるため、本判決の射程を、「ロクラクⅡ」事件上告審判決とともに、テレビ番組の転送サービスの場面に限定して適用すべきという主張²⁹⁹は、杞憂に基づいたものにすぎない³⁰⁰。

²⁹⁸ 山田真紀「最高裁重要判例解説（まねき TV 事件）」Law & Technology 51 号（2011）101 頁。

²⁹⁹ 小坂準記・金子剛大「まねき TV・ロクラクⅡ 事件最高裁判決にみるコンテンツビジネスの諸問題—クラウド・サービス、ブックスキャン・サービスを中心として—」Law & Technology 52 号（2011）60～66 頁、三村量一・松田俊治・藤本祐太郎・田村吉央「まねき TV 事件・ロクラクⅡ 事件最高裁判決の研究」知財研フォーラム 85 号（2011）66～67 頁、大西千尋「まねき TV・ロクラクⅡ 最高裁判所判決についての一考察」NBL960 号（2011）55 頁、著作権委員会「クラウドサービスと著作権——最高裁判決の解釈を踏まえその影響について——」知財管理 62 巻 6 号（2012）758～759 頁、文化庁「クラウドコンピューティングと著作権に関する調査研究報告書」18 頁、三村量一「カラオケ法理の考え方と最高裁判決」著作権研究 38 号（2014）98 頁など。

³⁰⁰ 同じ見解として、平嶋竜太「放送転送サービスをめぐる最高裁判決の理論的課題とインターネットビジネスへの影響—まねき TV 事件及びロクラクⅡ 事件を基点とした検討」

学説の中には、さらに本判決の射程を狭く限定する解釈として、調査官解説から推論して、放送地域以外（たとえば外国）の著作物への取得に限られるという見解も唱えられている³⁰¹。このような著作物の取得に、社会的、経済的にサービスとしての価値があるような場合に限定される、というのである。しかしながら、著作権法上は、著作権の排他的な権利は、特別な制限規定がない限り、放送地域であるか否かにかかわらず、著作権法が適用される全ての地域に対して等しく及んでいるはずである。しかも、放送地域というものは、番組次第で常に変化しうるものである。このような安定的ではない要素が基準とされると、法の適用に関する予測可能性に多大な影響を与えることになってしまう³⁰²。

法とコンピュータ 30 号（2012） 21 頁がある。

³⁰¹ 小泉直樹「まねき TV・ロクラク II 最判の論理構造とインパクト」ジュリスト 1423 号（2011） 6～11 頁。その根拠となる調査官解説の説明は、「本件放送の放送対象地域外に居住する本件サービスの利用者は、自ら、直接、本件放送を受信することができない。……このようなことからすれば、本件サービスにおける入力には、本件放送を取得するという意義があるように思われる」、という部分である。山田真紀「最高裁重要判例解説（まねき TV 事件）」Law & Technology 51 号（2011） 102 頁注 7）。

³⁰² よって、前記調査官解説の論述は、あくまでも本判決で考慮された一要素にすぎないというべきであろう。

第2節 中国

情報ネットワーク伝達における送信要件は、「有線または無線の方式」と「提供」との2つの要素からなるものである。「有線または無線の方式」という要素は、WCTにおけるインタラクティブ送信の上位概念である公衆への伝達や日本法上の自動公衆送信のように上位概念である公衆送信にも含まれているが、すでに言及した通り、中国の著作権法には公衆への伝達という一般的な支分権がないため、WCTとWPPTを実施する際に、本来上位概念である公衆への伝達における「有線または無線の方式」要素を取り入れることになった。したがって、この要素の判断も、日本法上の送信要件と同様に、単純に技術的手段を観察すれば容易に行い得る。

ところで、「提供」要素においては、その文言自体に非常に広い意味を有しているため、如何なる基準によってその範囲を明確化にするかについて常に議論の焦点となっている。誰でもアクセスできるウェブサイト著作物をアップロードするという典型的な提供行為について異論はないが、このほかに、たとえばリンクを設置する行為や、検索エンジンを運営することにより、公衆が無断にアップロードされた著作物に容易にアクセスできるようにする行為など、著作物がインターネット空間に存在しない段階から、公衆が実際に入手する段階までの過程において一連の行為のうち、どのような行為が情報ネットワーク伝達権によって規制される範囲にあるかは実務の難題である。

もちろん、情報ネットワーク伝達行為に該当しなくても、著作権者の利益を不当に侵害したと思われる場合、日本法のように直接侵害者でなければ差止請求を認めることができないような理論構成が中国の不法行為法に採用されていないため³⁰³、単に不法行為や著作権侵害行為を幫助や教唆した行為として責任を問えば足りる³⁰⁴。しかしながら、著作権法

³⁰³ 日本を含む典型的な大陸法国家においては、権利を直接侵害した者のみに対して差止めを請求することができ、権利を間接に侵害した者に対しては不法行為の法理に基づいて損害賠償責任を求めることができるが、直ちに差止めを請求することができない。これに対し、中国法は大陸法を参照したものの、差止請求権の行使には前記のような区別が存在せず、1986年の民法通則から2010年の侵權責任法まで、民事責任または「侵權行為」（おおそ日本民法上の不法行為責任に相当する）の方式について、いずれも直接侵害か共同不法行為かに関係なく、差止請求を含むすべての行使方法を一括的に定めている。

³⁰⁴ アメリカ法や日本法の影響を受け、中国の知的財産法の研究においてもしばしば法定の利用行為に該当しないが不法行為責任を問われる行為について「間接侵害」という論点の下で議論することがあるが、中国の著作権法その他の民事法において、そもそも直接侵害と間接侵害の区別がない。最高人民法院の司法解釈は、いわゆる著作権法上の「間接侵害」行為について、直接侵害者を幫助、教唆する行為として共同侵害責任を負うことを定

制度のグローバル化の歴史と趨勢に鑑みると、情報ネットワーク伝達権の範囲を確認する必要があると思われる。

もともと、中国では、日本法上のいわゆる「規範的主体論」に関する論点が不法行為法理論の構成の相違によって存在しないが、「提供」要素の判断を巡って様々な基準に関する議論が展開されており、かなり規範的な判断もしばしば行われている。以下、提供要素の該当性が最も問題となるリンク行為を中心に検討を行う。

I 一般的ディープ・リンクに関する裁判例

一般的に、リンクは直リンクとディープ・リンクとの2種類に分けることができる。直リンクとは、他のウェブサイトのハイパーリンクを自らのサイトに記載することでユーザーが元のサイトに直接アクセスできるようにするものであり、これに対し、ディープリンクとは、他のウェブサイト上のコンテンツ（たとえば画像や動画など）に、自らのサイトから直接ハイパーリンクを張り、ユーザーが他のウェブサイトに移行せず、コンテンツを獲得することができるようにするものである。直リンクの場合、仮にそのリンク先のウェブサイトに著作権侵害となるコンテンツが存在しても、リンク行為自体は著作権法上の利用行為に該当しないため、直ちに侵害責任と問われることがないと理解されている。

しかしながら、ディープ・リンクは著作権侵害になり得るのか、著作権侵害を肯定する場合、その理由は情報ネットワーク伝達行為に該当するからであるか、それとも単に第三

めている。具体的に、最高人民法院による計算機ネットワークに関わる著作権訴訟事件の法律適用における若干の問題に関する解釈3条は、「ISPがインターネットを通じて他人の著作権侵害行為に関与し、またはインターネットを通じて他人の著作権侵害行為の実施を教唆、幫助した場合、人民法院は、民法通則130条の規定に基づき、その他の行為者または不法行為者を直接実施した者との共同侵害責任を追及しなければならない」と定めている（民法通則130条は、「二人以上は共同して侵害行為を行うことによって他人に損害をもたらした場合、連帯責任を負わなければならない」と規定している。また、1987から施行される最高人民法院による中華人民共和國民法通則の貫徹執行に関する若干問題の意見（試行）（中国語：「最高人民法院關於貫徹執行『中華人民共和國民法通則』若干問題的意見（試行）」）はすでに、共同侵害について、「他人の権利侵害行為の実施を教唆し、幫助する者は、共同侵害者となる」と定めている。2010年から施行される侵權責任法9条も、「他人が権利侵害行為を実施することを幫助、教唆する場合、行為者と連帯責任を負わなければならない」と従来のアプローチを援用している）。したがって、著作権侵害責任について不法行為の一般理論において侵害行為と幫助、教唆行為の分類を使用せず、敢えて「直接侵害」と「間接侵害」という名称を入れ替えて検討する意義が希薄であるといわざるを得ない。

者による侵害行為を幫助、教唆した共同不法行為によるかについて、見解が別れている。

1. 情報ネットワーク行為の該当性が肯定された事例

たとえば、「新力唱片訴世紀悦博」事件³⁰⁵において、音楽専門サイトを運営する被告は、音楽著作物が違法にアップロードされたサイトを選択、整理し、これへのディープ・リンクを設置することによって、自らのウェブサイトを利用するユーザーが違法な音楽ウェブサイトにアクセスする必要がなく音楽著作物をダウンロードすることができる。第一審判決は、違法サイトの選択、整理、ユーザーへの誘導という事実に基づき、被告の行為がもはや「通路を提供する」行為ではなく、情報の加工処理に直接に関与しているとして、情報ネットワーク伝達侵害を認定した。控訴審判決も第一審判決の論理を踏襲した上で、原審を維持した。単なるリンク行為は情報ネットワーク伝達に該当しないという被告の抗弁に対し、控訴審判決は特別に、被告の「リンク行為は公衆に対して音楽の情報を提供の一環や一手段にすぎず」、その「実質上、他人のウェブサイトにある情報を自らの情報としてインターネットを通じてユーザーに提供する行為」であると指摘している。

また、「央視公衆訴多普達」事件³⁰⁶において、携帯電話の製造者である被告は、その運営するホームページに中国中央テレビからインターネット放送に関する独占的許諾を受けた央視公衆社のウェブサイトへのリンクを作成し、かつ、その製造する携帯電話にも予め当該リンクが設置されているホームページを携帯電話のブラウザのブックマークとして設定した。判決は、被告がリンクを通じて中国中央テレビが著作権を有するテレビ番組を「転送」したこととして、著作権侵害を肯定した³⁰⁷。さらに、同裁判所は判決において侵害された支分権とは何かについて特定せず、単に央視公衆社が有する「電気通信領域における排他的使用权」³⁰⁸が被告に侵害されたと判断している。

2. 情報ネットワーク伝達の該当性が否定された事例

³⁰⁵ 第一審・北京市第一中級人民法院（2004）一中民初字第 428 号、控訴審・北京市高級人民法院（2004）高民終字第 714 号。

³⁰⁶ 北京市海淀区人民法院（2004）海民初字第 15905 号。

³⁰⁷ もっとも、この事案における被告の行為は、仮に「転送」であると認めても、本稿が分析した「インタラクティブ」要件を満たさないため、本来著作権法上の情報ネットワーク伝達行為に該当しない。

³⁰⁸ 判決がそもそも著作権法上の存在しない支分権のような文言を使用したのは、本件原告と原始的著作権者である中国中央テレビが締結した契約書が、中国中央テレビが有する「電気通信領域における排他的使用权」について本件原告に独占的許諾を行うと記載しているからであると思われる。

興味深いことに、「央視公衆訴多普達」事件控訴審裁判所の同じ担当裁判官は、その判決を下すわずか 10 日前に、同事件とほぼ同じ事案を有する他の 2 つの事件³⁰⁹において、原審の結論こそ維持したものの、単独の侵害行為ではなく、第三者のウェブサイトの侵害行為に「関与、幫助」したことを判決理由とした³¹⁰。

最高人民法院がこの問題を扱ったものとして、「北京慈文訴海南網通」事件³¹¹がある。同事件において、再審原告は本件映画著作物の中国大陸地区における著作権者であり、再審被告は、通信会社でありながら、自らのホームページにおいて、「動画チャンネル」というコラムを設置し、他の IP アドレスのウェブサイト「動画空間」にリンクし、当該リンク先のサイトで本件映画著作物を検索して視聴することができる。原告が訴訟を提起した後、被告は「動画空間」とのリンクを撤去し、他のサイトとのリンクを設置した。

第一審³¹²と控訴審³¹³は、①被告がリンクしか設置しておらず、また、通信会社として「動画空間」の IP アドレスを管理しているものの、その経営者ではないこと、②通信会社は、その管理する IP アドレスの経営者の情報やその経営するサイトの内容等に対して逐一審査することが不可能であって義務ではないこと、③訴えを提起された後、速やかにリンクを撤去したことを理由に、被告が著作権侵害サイトとの共同侵害者ではないと判断し、慈文社のすべての請求を退けた。

そこで、原告による再審の申し立て³¹⁴を受け、最高人民法院は自ら審理を行い、第一審・控訴審判決をともに取り消した上で、請求を一部認容した。具体的に、著作権侵害サイトである「動画空間」には、IP アドレス以外の情報が一切開示されていない一方で、IP アドレスを管理している通信会社が被告であるため、原告や公衆から見ると、「動画空間」

³⁰⁹ 「正東唱片訴世紀悦博」事件（第一審・北京市第一中級人民法院（2004）一中民初字第 400 号、控訴審・北京市高級人民法院（2004）高民終字第 713 号）と「華納唱片訴世紀悦博」事件（第一審・北京市第一中級人民法院（2003）一中民初字第 12189 号、控訴審・北京市高級人民法院（2004）高民終字第 1303 号）。

³¹⁰ このことから、リンクを設置する行為が直接侵害になり得るかについての裁判所の躊躇が見られると分析しているものとして、王遷『網絡環境中的著作権保護研究』（法律出版社・2011）359 頁がある。また、この 3 つの事件を扱った裁判官の 1 人が、後に「法律上、直リンクとディープ・リンクを区別してそれらを性質の異なるサービスと見做し、ディープ・リンクを情報ネットワーク伝達行為と認定すること」に反対している（陳錦川『著作権審判：原理解読と実務指導』（法律出版社・2014）199～202 頁）。

³¹¹ 最高人民法院（2009）民提字第 17 号。

³¹² 海口市中级人民法院（2006）海中法民三初字第 2 号。

³¹³ 海南省高级人民法院（2006）琼民二終字第 29 号。

³¹⁴ 中国の民事訴訟は 2 審制であるため、2 審を終えた裁判は再審しか請求できない。

サイトは被告が所有するものである。この場合、被告はその自身が経営者ではないことを証明しなければならないのに、証明責任を果たせなかったゆえに、「動画空間」サイトにおける著作権侵害行為について責任を負わなければならない。要するに、本件被告が著作権侵害責任を問われた理由は、リンク行為自体が著作権侵害であるというものではなく、単に通信会社として提供できるはずの情報を提供できなかったため、リンク先のウェブサイトの経営者と推定されたからである。

しかしながら、最高人民法院は、さらに、「仮に著作権侵害サイトは確かに第三者が所有または経営しているとしても、被告は当該サイトへのリンクをコラムとして設置し、他のコラムと並列して自らのホームページの一部の如く、公衆にアクセスさせること、また、第一審の訴状が送達された後に当該コラムの内容を変更したことから、これらの操作は完全に被告の自主的行為であることが分かる。したがって、単に第三者のウェブサイトのリンクを設置する場合と異なり、被告は、リンク先のサイトの内容について一定の審査義務を負い、少なくとも当該サイトの実際の所有者または経営者の資質について一定の審査を行わなければならない」と判示し、そこで、最低限度の注意義務を履行しなかった被告は、リンク先のウェブサイトによる著作権侵害行為について連帯責任を負うべきであり、「セーフ・ハーバー」規定³¹⁵を適用する余地がない、と付言した。同付言は、傍論として位置付けるべき³¹⁶であるものの、最高人民法院の見解である以上、直リンクないしディープ・リンク行為の法的責任について重要な参考価値があるといわざるを得ない。

II 特定類型の著作物を検索するサービスに関する判例

検索エンジンによる検索結果の提供サービスは、技術から見れば単にリンクを（自動的に）設置するものと考えても差し支えないが、リンクを自ら設置するのではなく、ユーザーの検索行為によって他のウェブサイトのリンクが表示されるという点において一般的なリンク行為と異なる。この中でも、音声ファイルや動画ファイルなど特定の種類の著作物を特化した検索サービスが、実務においてしばしば紛争になる。したがって、本稿も送信要件の解明のためにこのような検索サービスを1つのモデルとして検討することとする。

1. 情報ネットワーク伝達行為の該当性が肯定された事例

「広東夢通訴北京衡准」事件³¹⁷において、被告は、映画著作物に関する検索サイトを運

³¹⁵ 「情報ネットワーク伝達権保護条例」20条から23条により定められたISPの損害賠償責任を免除できる場合を指す。

³¹⁶ もっとも、そもそも同事件をディープ・リンク行為が問題となった事件として扱う見解も存在する。崔国斌『著作権法』（北京大学出版社・2014）470頁を参照。

³¹⁷ 北京市海淀区人民法院（2007）海民初字第25153号。

営する者であり、そのサイトで映画著作物を検索すると、第三者の動画サイトにアップロードされたものが表示され、そのまま被告のサイトで視聴することができる。結果的には、検索によって表示される動画のほとんどが違法にアップロードされたものであるため、原告は、その著作権を有する著作物について訴訟を提起した。裁判所は、検索サービスを提供するにすぎないという被告の抗弁に対し、検索結果を表示するだけではなく、技術的手段を通じて自らのウェブサイトには著作物を展示させる被告がもはや検索サービスの提供者ではなく、コンテンツの提供者である、と判示した。

2. 情報ネットワーク伝達行為の該当性が否定された事例

これに対し、音楽著作物の検索サービスについて、裁判所は異なる判断を下した。たとえば、「浙江汎亜訴北京百度」事件³¹⁸において、被告は、MP3 ファイルの検索サービスを提供し、ユーザーが検索欄に曲名や歌手名等を入力して検索すると、被告の検索エンジンがインターネット上に存在する MP3 ファイルを自動的に検索し、その結果が自らのサイトに表示される。これによって、ユーザーは、被告のサイトを離れずに他のサイトに保存されている音楽等（ほとんど違法にアップロードされたもの）を鑑賞またはダウンロードすることができる。音楽著作物の著作権者である原告は、検索結果に表示される音楽著作物について、音楽著作物の曲名、著作者名とその違法なアドレスを明記したものと、アドレスだけが明記しなかったものとの2種類の著作権通知を被告に送付した。被告は前者について、違法サイトとのリンクをすべて撤去したが、後者については対応しなかった。そこで、裁判所は、前者について「セーフ・ハーバー」規定を適用することができ、後者について、被告がそもそも違法著作物を自ら検索する義務がないことと、曲名や歌手名のみをキーワードとしてその検索結果に表示されるリンクをすべて切断すると、適法に送信されるものやパブリック・ドメインに属しているものも表示されなくなる可能性があることを理由として、情報ネットワーク伝達権に対する侵害行為に該当しないと判断した³¹⁹。控訴審判決も基本的にこの判断を維持した³²⁰。

³¹⁸ 第一審・北京市高级人民法院（2007）高民初字第1201号、控訴審・最高人民法院（2009）民三終字第2号。

³¹⁹ このほか、被告の音楽著作物の歌詞検索サービスが情報ネットワーク伝達権を侵害するか否かも本件の争点となったが、同サービスにおいて、被告は第三者のウェブサイトが存在する歌詞を自らのウェブサイトに複製してユーザーに提示したため、著作権侵害が肯定された。

³²⁰ ただし、最高人民法院は、前記後者の通知について、仮にそれが必要な形式要件を満たさなくても、それを受け取った被告は積極的に著作権者と交渉し、形式要件が完備する通知を求めるべきであったとして、北京市高级人民法院が認定した損害額を増額した。

また、「レコード会社 11 社訴ヤフー中国」事件³²¹において、被告は、「浙江汎亜訴北京百度」事件の被告のサービスの一般的な MP3 ファイル検索サービス以外、人気音楽または人気歌手のランキングや音楽の類型について整理や分類を行った上でユーザーに提示し、ユーザーがこのような分類の下で検索を行い得るというサービスも提供する。また、「浙江汎亜訴北京百度」事件と同様に、著作権者が侵害を通告する書類に音楽ファイルのアドレスを明記したものと明記していないものが含まれるが、被告は前者にのみ対応してリンクを撤去した。裁判所は、基本的に音楽ファイルの検索サービスを提供することがそれらの音楽著作物に関する情報ネットワーク伝達行為に該当しないと明言したものの、第三者の著作権侵害行為を幫助したとして、共同侵害責任を負わなければならない、と判示した。

Ⅲ 「サーバ」基準と「ユーザー」基準の対立

これらの事件を発端に、送信要件の判断基準として、「サーバ」基準と「ユーザー」基準を論じられてきた。「サーバ」基準とは、著作権が侵害される著作物等が実際に保存または送信されるサーバを判断し、そのサーバの所有者または経営者のみを著作物を「提供」した者として捉える基準である。同基準によると、サーバの所有者または経営者ではない者が、そのサーバに保存される著作物に対してリンクを張る行為自体は、情報ネットワーク伝達行為に該当せず、リンク先の著作物が違法にアップロードされた場合、リンクの設置者は、あくまで侵害行為を幫助した者として共同不法行為の責任を問われ得る。一方、「ユーザー」基準によると、違法にアップロードされた著作物が保存されるサーバに単にリンクを設置する者であっても、その設置の形態によりユーザーが当該サイトを離れずに著作物の内容を享受することができ、ユーザーが当該サイトを著作物の提供者であると認識すれば、リンク設置者を著作物の提供者として扱うことができる。

「サーバ」基準は、上記の一連の事件が勃発する前から多くの論者に支持されてきた³²²。その最も重要な理由は、リンクの設置者が第三者のウェブサイトを支配することができず

³²¹ 「レコード会社 11 社訴ヤフー」事件とは、レコード会社 11 社がほぼ同時期にヤフー中国社に対して提起した一連の事件の総称であり、これらの事件の事案と判決はほぼ同じであるため、そのうちの 1 件（第一審・北京市第二中级人民法院（2007）二中民初字第 2622 号、控訴審・北京市高级人民法院（2007）高民終字第 1188 号）を例として説明しておく。

³²² 薛虹「ネットワーク内容提供者の著作権侵害責任」知識産権 2000 年第 2 期 9～12 頁、王遷「ネットワーク環境中著作権直接侵害的認定」東方法学 2009 年第 2 期 12～21 頁、黄武双「論搜索引擎ネットワークサービス提供者の侵害責任の承担——対現行主流観点的質疑」知識産権 2007 年第 5 期 16～23 頁、謝冠斌・史学清「ネットワーク検索サービス過錯責任の合理界定——再評『雅虎案』與『百度案』一審判決」知識産権 2008 年第 1 期 81～86 頁など。

³²³、第三者がそのウェブサイト上の著作物を削除すれば、たとえ設置されたリンクが引き続き、存在しても、ユーザーによる著作物へのアクセスが不可能となるからである³²⁴。このような論理に基づき、リンクを設置する行為自体は、直リンクかディープ・リンクかに関係なく、情報ネットワーク伝達行為として捉えられることがない。しかしながら、「サーバ」基準の欠点として、その濫用が、権利侵害に基づくビジネス・モデルが数多く存在する原因となると指摘されている³²⁵。

特に、「サーバ」基準を採用したものの、「ユーザー」基準の重要性を示唆した「北京慈文訴海南網通」事件における最高人民法院の判決以来、両基準に対する修正的議論ないし新基準の提案が現れた。

まず、「サーバ」基準と「ユーザー」基準は択一的な選択肢ではなく、相互に補完するものであり、司法実務において、一般的な情報ネットワーク伝達行為については、「サーバ」を適用すべきであるが、ディープ・リンクのような類型の事件については、「ユーザー」基準を原則とし、「サーバ」基準を例外として適用すべきである、という提言が現れた³²⁶。具体的に言えば、「サーバ」基準を適用すると、著作物を違法に伝達する者にとって技術的に簡単に回避することができ、これによって権利者に重大な不利益をもたらす可能性がある一方、「ユーザー」基準はあまりに主観的であり、その適用がコンピュータ技術の発展を阻害することになりかねない。したがって、たとえば「ネットワーク環境における著作権紛争事件に関する若干の問題についての北京市高级人民法院の指導意見（一）（試行）」（中国語：「北京市高级人民法院關於審理涉及網絡環境下著作權糾紛案件若干問題的指導意見（一）（試行）」）二（一）4のように、「サーバ」基準を採用すると明言しつつも、ディープ・リンクのようなユーザーに誤認させる場合は、リンクの設置者がその提供するサービスが接続や検索などに止まることを証明することができれば、そのサービスが情報ネットワーク伝達行為に該当しないと認定すべきである、というルールが妥当であると言われる。

上記の提言や北京市高级人民法院のガイドラインは、いずれも「北京慈文訴海南網通」事件の最高人民法院判決の趣旨に沿った解釈であると思われる。しかしながら、同判決は、

³²³ 周応江＝謝冠斌「論網絡搜索引擎服務商的版權侵權責任」科技与法律 2009 年第 3 期 72～77 頁。

³²⁴ 王遷「論『信息定位服務』提供者『間接侵權』行為的認定」知識產權 2006 年第 1 期 11～18 頁。

³²⁵ 梁志文「網絡服務提供者的著作權責任：文本解釋與比較分析」法治研究 2011 年第 2 期 74～82 頁。

³²⁶ 芮松艷「論深層鏈接服務行為直接侵權的認定標準——以用戶標準為原則，以技術標準為例外」吳漢東【編】『知識產權年刊〔2010 年号〕』（北京大学出版社・2010）103～117 頁。

注意義務に違反してリンクを設置した主体が、リンク先のウェブサイトの経営者と連帯責任を負うべきであると言及しているものの、このような責任は共同して情報ネットワーク伝達行為を行ったことによるものなのか、それともリンク先のウェブサイトの経営者の情報ネットワーク行為を幫助したことによるもののかについて必ずしも明確であると言えない。前者であれば、「ユーザー」基準を採用したものと等しく、リンクを張る行為自体は送信要件を満たし、情報ネットワーク伝達行為の一部であると解釈することができるが、後者であれば、リンクを張る行為自体は情報ネットワーク伝達行為に該当せず、単に著作権侵害を幫助した者として、共同不法行為の責任を問われることになる。

本来、上記後者の解釈を採用するほうが、過去の裁判例や著作権法ないし民法の理論的構造に合致するが、「北京慈文訴海南網通」事件最高人民法院判決の裁判官の1人は、「サーバ」基準と「ユーザー」基準について、以下のように論じており、実務に波紋を呼んでいる。すなわち、「如何なる基準を採用するかが具体的な技術問題にすぎず、立法者の本意は何であろうと、彼らは立法時にディープ・リンクの問題及びそれによる好ましくない効果について予想していなかった。正義を実現するために、情報ネットワーク伝達権及び情報ネットワーク伝達行為を広く解釈し、情報ネットワーク伝達権は、伝達を許諾するか否かをコントロールするだけではなく、如何なる者が伝達するか及び如何なる方法で伝達するかをもコントロールすると理解すべきである」³²⁷。この論述について、ユーザー基準を採用することによって情報ネットワーク伝達権本来の範囲を拡張することもあり得る、とも読み取ることができる。

IV 司法実務の発展——アグリゲーション・プラットフォーム問題

アグリゲーション・プラットフォームとは、ニュース、音楽、動画などの特定の種類のコンテンツを対象に、それらのリンクを集めて同一のプラットフォームにて統一した適切な態様で表示させることによって、同プラットフォームのユーザーがそのままコンテンツを享受することができるようにするサービスである。アグリゲーション・プラットフォームは、技術上、ディープ・リンクと完全に同じであるが、従前のディープ・リンクと比べて収集するコンテンツの量が膨大であり、その利便性によって安定した顧客層を獲得することができる一方、元のサイト上のコンテンツや広告へのアクセスの機会を減少させる。また、最近のアグリゲーション・プラットフォームの多くは、そのリンク先が著作権者またはその許諾を受けた者が経営するプラットフォームであるため、著作権者に見過ごせな

³²⁷ 殷少平「論互聯網環境下著作権保護的基本理念」法律適用 2009 年第 12 期 35 頁。もちろん、このような著作権を広く解釈する立場は、仮にそれが最高人民法院の判事が唱えるものであっても、あくまで同論文に示された個人的見解にすぎず、直ちに最高人民法院の立場として理解することができない。

いほどの不利益をもたらし得る。

このようなプラットフォームが問題となった「騰訊訴易聯偉達」事件³²⁸において、原告はテレビドラマの著作権者として第三者に情報ネットワーク伝達権を許諾しているが、被告は、スマートフォン向けのアプリケーションを開発し、上記第三者のウェブサイトにある動画に対してリンクを設置し、これによってユーザーは同アプリケーションの画面で原告が著作権を有するテレビドラマを視聴することができる。第一審判決は、被告の動画のアグリゲーション・プラットフォームが著作権侵害になるか否かについて、情報ネットワーク伝達権の権利者の許諾事業のビジネス事情、動画のアグリゲーション・プラットフォームの利益獲得のビジネス事情、アグリゲーション・プラットフォームが提供するサービスが単純なリンク・サービスであるか否か等の要素を総合考量しなければならないと指摘した上で、被告による無断リンク行為が著作物の伝達範囲に対する元のサイトと権利者のコントロールを破壊し、著作物の対象利用者と伝達範囲を改変したため、情報ネットワーク伝達権に対する侵害行為に該当すると判断した。上記の総合考量を行う際に、同判決は特に、被告の行為にそのプラットフォームを通じて公衆に著作物を提供するという「実質的な代替効果」があり、著作物が許諾されたルートや範囲を越えて伝達されることに対して被告が一定の支配力と管理力を有することに言及している。

しかしながら、控訴審判決は、第一審判決が採用した判断基準を「実質代替」基準と命名した上で、行為者の利益や権利者の損害を以って侵害行為の該当性を判断する同基準が本末転倒であり、このようなアプローチが不正競争法において正当性を有する³²⁹が、著作権法ないし他の知的財産法において利用行為の該当性の判断が利益や損害の要素ではなく、行為の法定要件を根拠とすべきである、と指摘する。よって、本件被告のリンク行為は、著作物を提供するものではないため原告の情報ネットワーク伝達権を侵害していないと判断された。さらに、同判決は、被告サービスのリンク先のウェブサイトが著作権者の許諾を受けた適法なサイトであるため、被告の行為が違法行為を幫助、教唆する行為でもないと認定し、原審判決を取り消し、原告のすべての請求を棄却した。

³²⁸ 第一審・北京市海淀区人民法院（2015）海民（知）初字第 40920 号。控訴審・北京市知識產權法院（2016）京知民終字第 143 号。

³²⁹ 実際、「大衆点評訴愛幫」不正競争事件（第一審・北京市海淀区人民法院（2010）海民初字第 24463 号、控訴審・北京市第一中級人民法院（2011）一中民終字第 7512 号）において、飲食店の口コミサイトを経営する被告は、飲食店の口コミサイトの大手である原告のサイトに掲載される情報にディープ・リンクを張り、ユーザーが被告のサイトで飲食店を検索すると、対応する原告サイトの情報が表示されるように設置した。原告が不正競争を理由に訴訟を提起したため、第一審判決はこれを争点とした上で、「実質代替」基準を打ち出し、不正競争行為の該当性を肯定した。控訴審判決は第一審判決を維持した。

V 学説の動向

情報ネットワーク伝達行為の送信要件を巡って、司法実務は「サーバ」基準、「ユーザー」基準、「実質代替」基準を試みてきた結果、2014年に成立し、知的財産法事件の審理を専門とする北京知識産権法院の数々の判決により、徹底的な「サーバ」基準が確立された。しかしながら、提供要件に関する議論はいまだ収束しておらず、上記の基準に対して批判的な検討を行った上で、新たに「実質展示」基準、新「ユーザー」基準を唱える見解も現れた。

「実質展示」基準³³⁰は、著作物の内容を直接に提供したか、単に第三者が提供する著作物の内容へリンクを設置するかに関係なく、行為者が自らの支配するインターフェイスを通じてユーザーに著作物の内容を実質的に展示すれば、当該行為を情報ネットワーク伝達行為として捉えべきである、と主張する。また、「サーバ」基準に対し、専らリンク行為自体に注目しているため公衆に著作物の内容を展示したことを見逃していると批判している³³¹。なお、注意する必要があるのは、「実質展示」基準の主張者は、同基準を採用するために、解釈論ではなく、立法論を行い、現行法上の情報ネットワーク伝達権の範囲を拡大する必要がある、と強調している³³²。

これに対し、新「ユーザー」基準³³³は、提供者に関するユーザーの認識を根拠とするゆえに主観的すぎる「ユーザー」基準を改良し、ユーザーが「著作物の内容を知覚する形式」で著作物を獲得する場合、提供要件の該当性を肯定すべきである、と説明している。なお、その主唱者によると、「サーバ」基準はよりISPに有利するに対し、新「ユーザー」基準はより著作権者側に有利する³³⁴。

³³⁰ 崔国斌「加框鏈接的著作權法規制」政治与法律 2014 年 5 期 91 頁。なお、「実質展示」基準における「展示」は、日本の著作権法における展示権が規制する利用形態ではない。実際、日本著作権法における展示権に対応する中国著作権法上の概念は「展覽権」であり、「実質展示」基準の主張者も、「展覽権」と区別するために敢えて現行法にない概念である「展示」を使用すると説明している（崔国斌「得形忘意的服務器標準」知識産権 2016 年 8 期 6 頁注 13 を参照）。

³³¹ 崔国斌「得形忘意的服務器標準」知識産権 2016 年 8 期 5～7 頁。

³³² 崔国斌「得形忘意的服務器標準」知識産権 2016 年 8 期 4 頁。

³³³ 劉銀良「信息網絡傳播權的侵權判定——從『用戶感知標準』から『提供標準』」法学 2017 年 10 期 107 頁。

³³⁴ 劉銀良「信息網絡傳播權的侵權判定——從『用戶感知標準』から『提供標準』」法学 2017 年 10 期 108 頁。

第5章 国際条約の実施の光と影

第1節 はじめに

本稿の第1章第1節において紹介した通り、WCTとWPPTの締結過程において、デジタル技術がもたらす著作権法の課題の中、インタラクティブ送信を特別に重要な議題の1つとして議論を重ねてきた。その結果、各国はインタラクティブ送信について著作権者や著作隣接権者に専有権を与えるべきであることについて合意したが、具体的に如何なるアプローチによって規制すべきかについて合意できないため、「傘形解決策」を取り入れ、専有権さえ与えれば、具体的に如何なる支分権によって定めるかについて各国の自由に任せた。ただし、形式上、WCT8条は、一般的な公衆への伝達権を定めた上で、インタラクティブ送信をその形態として明示したのに対し、WPPT10条と14条は、実演家やレコード製作者にインタラクティブ送信に関する専有権のみを与えている。

もっとも、「傘形解決策」の下で作成された形式な条文とはいえ、WCT8条は伝達の技術手段を区別せずに公衆への送信行為を包括的に規制する中、インタラクティブ送信を提示したにすぎないため、WCTの文脈に限って見れば、他の条文との関係においても、8条の内部の関係においても、インタラクティブ送信の定義に拘る必要がさほどないと思われる。しかしながら、この定義のみを抽出したWPPT10条と14条を念頭に置くと、その解釈次第で著作隣接権者の権利範囲を左右することになるため、その含意の確定に実益がある。

そこで、日本と中国の著作権法改正はまさにこのような矛盾があった中で行われた。日本において、国際条約におけるインタラクティブ送信を「自動公衆送信」の前段階である「送信可能化」と理解した上で、著作権者に送信可能化を含めた自動公衆送信を行う権利を与える一方、著作隣接権者に自動公衆送信ではなく、その前段階の送信可能化を行う権利のみを与えている。また、国際条約の締結過程において議論され続けてきた「インタラクティブ送信」と特徴を「受信者の求めに応じて自動的に行われる」送信として理解され、著作権法概念の整理が行われた。実際、Ficsor氏も、日本の著作権法23条1項について、「著作者はその著作物を公に送信する行為（インタラクティブ送信（下線は筆者による）によってその著作物を送信することを含む）を行う専有権を有する」と理解している³³⁵。すなわち、国際的にも、日本の自動公衆送信（送信可能化を含む）の内容は国際条約におけるインタラクティブ送信の内容と一致していると思われる。

これに対し、中国において、一方ではWCTやWPPTを実施するためにインタラクティブ送信を著作権や著作隣接権の範囲内にあることを明示する必要があり、他方では途上国と

³³⁵ Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet* (Oxford University Press, 2002), pp. 506-507.

して著作権保護のレベルを国際条約が定める最低保護基準に維持するという考えから、公衆への伝達という包括的な権利を定めず、放送権の定義についてベルヌ条約における定義規定をそのまま援用し、WCT や WPPT におけるインタラクティブ送信の権利を「情報ネットワーク伝達権」として著作権者、実演家、録音録画製品製作者に与えることにした。もっとも、情報ネットワーク伝達権を定義する際に、著作権については WCT の定義規定をそのまま援用するに対し、著作隣接権については「情報ネットワークを通じて公衆に伝達する」と定義している。

このように、国際条約の条文に対する理解に生じた齟齬から、日中の立法または司法実務に予想できなかった影響を与えている。以下、インタラクティブ送信の 3 要件ごとに敷衍する。

第2節 インタラクティブ要件

I 日本の場合

国際条約において、インタラクティブ送信を定義する際に、他の公衆への伝達手段とりわけ伝統的な放送や有線放送という手段と区別するために、インタラクティブ送信の最も重要な特徴と思われる「時間と場所を個別に選択できる」という要素を取り入れた。さらに、本稿第1章第1節のⅢにおいて紹介した通り、国際条約の締結に携わってきた Ficsor 氏は、ウェブキャスティングや同時送信などが「非インタラクティブ送信」であることを指摘している。にもかかわらず、インターネット放送等の「非インタラクティブな送信」について、日本の起草者や通説は、これが「自動公衆送信」に該当すると明白に説明しており、司法実務においてもそれらを自動公衆送信行為として処理することに躊躇を見せることがない。

もっとも、WCT も日本の著作権法も、公衆への伝達行為についていずれも包括的な権利構成を採用しているため、その一形態であるインタラクティブ送信に関する理解について些細な相違があるとしても、著作権者の権利範囲における齟齬をもたらすことはほぼないと考えられる。Ficsor 氏も、非インタラクティブ送信とはいえ、インターネットを通じて行う以上、そのグローバルな影響に鑑み、ベルヌ条約が「放送」について定めた「裁定による利用」に関する留保規定³³⁶を適用することができないと指摘している³³⁷。これに鑑みると、デジタル技術を利用して公衆に著作物を送信する行為について、インタラクティブであるか否かを問わず、留保せずに著作権者に専有権を与えることは、各国が WCT の締結過程に合意したと考えても差し支えないと思われる。

しかしながら、著作隣接権については状況が異なる。WPPT10 条と 14 条はそれぞれ実演家とレコード製作者について利用可能化権を定めており、これについて留保によって制限することを許さないわけではないが、その場合に、著作権についても国内法が同じ種類の制限規定を有することを前提としなければならない (WPPT16 条)。もっとも、商業用レコードの放送や公衆への伝達について、実演家とレコード製作者は「単一の衡平な報酬を請

³³⁶ ベルヌ条約 11 条の 2 (2) は、(1)に定める権利（筆者：すなわち放送関係の権利）を行使する条件は、同盟国の法令の定めるところによる。ただし、その条件は、これを定めた国においてのみ効力を有する。その条件は、著作者の人格権を害するものであつてはならず、また、協議が成立しないときに権限のある機関が定める公正な補償金を受ける著作者の権利を害するものであつてはならない、と定めている。この規定と同じ趣旨の規定は、日本著作権法 68 条や中国著作権法 43、44 条などがある。

³³⁷ Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet* (Oxford University Press, 2002), p. 496.

求する権利を有する」。要するに、利用可能化行為＝インタラクティブ送信行為について著作権が制限を受けてなければ著作隣接権を制限することができない一方、放送や「利用可能化」以外の公衆への伝達行為について、仮に著作権を制限しなくても、著作隣接権のみを制限することができる、というのである。この考え方は、IP マルチキャストのための法改正の審議段階においても文化審議会著作権分科会法制問題小委員会に確認された³³⁸。

こうすると、単なるインタラクティブ送信行為とその他の公衆送信行為の区別が立法実務にとって実益のある問題である。実際、IP マルチキャストによる同時再送信に関する著作隣接権を制限する 2006 年法改正が行われる前に、起草者は IP マルチキャスト技術を利用した同時再送信について、「決まった時間に予め確定したプログラムに基づいて送信されているような場合は、視聴者が特定の実演やレコードに自らの選択する時間にアクセスすることができないので、『利用可能化』には該当しない」³³⁹と認識した上で、法改正案を提出したのである。同認識は、明らかに自動公衆送信関係の法規範の意義に関する起草者の解説や司法実務の現状と矛盾しているといわざるを得ない。

もちろん、著作隣接権者とりわけ放送事業者や有線放送事業者に国際条約の基準より高いレベルの保護を与えることは、日本の国内立法の自由であり、国内放送産業の要請でもあるかもしれない。しかしながら、国際条約に対する認識を必要に応じて変えることは、その認識に基づいて定められた国内法規範の間にも矛盾を生じさせ、そのインテグリティを損ないかねないと思われる。

II 中国の場合

1. インタラクティブ要件と実務——国際条約の定義の影

日本に対し、中国において、情報ネットワーク伝達権について WCT8 条の定義を援用したため、この支分権の内容もそれに対する解釈も国際条約と完全一致している。しかしながら、WCT8 条が採用した条文の構造を採用せず、また、放送権の定義について、伝達技術の発展に対応した改正を行っていないため、意図的ではないものの、インタラクティブ要件を満たさないインターネット送信行為を例示された支分権から排除することになった。その結果、中国の司法実務に混乱をもたらし、現段階において北京市高級人民法院の意見によって一部議論が収束しているものの、異なる審判廷の対立がなお見られる。

たしかに、すでに本稿の第 1 章第 3 節のⅢにおいて言及した通り、審判廷によってインタラクティブ要件について判断基準が異なるとしても、その結論として、著作権者の正当

³³⁸ 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会（IP マルチキャスト放送及び罰則・取締り関係）報告書（案）18 頁。

³³⁹ 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会（IP マルチキャスト放送及び罰則・取締り関係）報告書（案）18 頁。

な権利を保護していれば、さしあたり裁判実務に支障をきたすことはなかろう。しかしながら、裁判所によって認定する著作物の利用形態が異なるとすれば、著作権の取引実務に混乱をもたらすことにほかならない。

たとえば、「寧波成功訴北京時越」事件や「安楽訴北京時越」事件において、いずれの原告も元の著作権者から「中国大陸地区における情報ネットワーク権」の独占的許諾権または譲渡を受けた者であり、文言解釈だけでは情報ネットワーク伝達行為に該当しないインターネット放送を行った被告に対して権利侵害を訴えた。そこで、前者の裁判所は、情報ネットワーク伝達のインタラクティブ要件を無視してまで、原告の許諾された通りの権利、すなわち情報ネットワーク伝達権に対する侵害を肯定したのに対し、後者の裁判所は、著作権法における明確の定義を重視した上で、むしろ原告と元の著作権者の間の著作権利用許諾契約の内容を拡大解釈することで原告の当事者適格を認めた。

また、「広電総局訴網尚文広」事件において、同一の著作権者から、原告は、放送権と情報ネットワーク伝達権に関する非独占的許諾³⁴⁰を受け、被告は、直接ではないものの³⁴¹、情報ネットワーク伝達権の非独占的許諾を受けた。これについて、第一審裁判所は、事前に決まった番組表に従って行う本件有線デジタルテレビ放送の形態がインタラクティブ要件を満たさないこととして、被告の行為がその許諾された範囲を越えて原告の放送権を侵害すると判断した。さらに、控訴審裁判所は、その判決理由に有線デジタルテレビ放送という技術手段が情報ネットワーク伝達権の定義によって排除されていないと指摘したものの、やはり本件放送のインタラクティブ要件の欠如によって第一審判決を維持した。

このような事態を受けたのか、著作権実務において、著作権法の文言を使用しつつも、独自に広い定義を添付することが多く見られる。たとえば本稿第2章第2節において挙げられた「央視国際」に関する多くの事件において、原告である央視国際社が元の著作権社である中国中央テレビから独占的な利用許諾を受ける際の契約書には、「情報ネットワーク（インターネット等の新メディア伝達プラットフォームを含むが、これに限らない）を通じて公衆に対して伝達し、放送し（生中継や録画放送を含むが、これらに限らない）によって提供する権利」、提供する権利」や、「情報ネットワーク（インターネット、モバイル・プラットフォーム、IPTV、車載テレビ等を含む）を通じて公衆に対して伝達し、放送し（生中継や録画放送を含むが、これらに限らない）、提供する権利」など非常に包括的な条項が含まれている。

もっとも、上記の例にある央視国際社が中国中央テレビの全額出資子会社であるため、許諾される権利の内容について包括的な契約を締結しても少なくともこの両当事者の間

³⁴⁰ 非独占的許諾ではあるものの、当事者の契約によると、許諾された原告は、自ら権利行使を行いまたは第三者に許諾を行うことができる。

³⁴¹ 被告と元の著作権者の間に、さらに2回の再許諾を経ている。

に紛争が生じる可能性は低いと考えられるが、通常取引の当事者であれば、やはり契約の内容の確定が極めて精確に行わなければならないということになる。

このように、司法実務として、著作権法の文言を尊重して厳格に解釈することも、当事者の意思や取引の実情を尊重して拡大解釈することも、論理的にあり得る処理であるが、著作権の取引実務にとって、統一した解釈がないと、著作権法の文言を精査した上で契約を締結しても、予測不可能なリスクに直面しなければならないことになるため、非常に望ましくない事態であると思われる。

2. 非インタラクティブ送信に関連する「一時的複製」と「放送権」の問題に触れて

また、情報ネットワーク伝達行為に直接に関わる問題ではないものの、インタラクティブ要件を満たさないインタラクティブ放送が、一時的複製として著作権法における複製権によって規制することが可能なのかについて少々敷衍したい。

本稿第2章第2節のIにおいて言及した通りに、そもそも一時的複製は、従来、著作権法上に明文の規定がない一時的複製の法的性質について議論はなされてきたが、その殆どが著作権の権利範囲内とすべきではないというものである³⁴²。こんな中で、この問題は単なる政策問題、とりわけ先進国と途上国との間の利益関係の対立から生じる問題であり、論理的問題ではないという指摘がある³⁴³。具体的に言えば、WCTとWPPTの締結過程において、一時的複製の法的性質について問題となり、「あらゆる方式または形式による、直接または間接、永久または一時的な複製」を著作権法上の複製行為と捉えるべきである、というアメリカと欧州共同体の代表団からの提案は多くの国に反対された。さらに、ベルヌ条約が定める複製権がデジタル環境に完全に適用し、著作物がデジタルという電子媒体において保存されることがベルヌ条約9条にいう複製に該当するという合意声明がのちに多数決で通過されたが、中国を含む5つの代表団はこれに反対票を投じた³⁴⁴。このような経緯に鑑みれば、少なくとも現在の中国においては、一時的複製が複製権（または複製物の

³⁴² 本稿第2章第2節のIの注釈において挙げた通説以外は、もっぱら一時的複製について検討するものが多数存在するが、いずれも通説と同じ立場を採っている。朱理「臨時複製是否屬於著作権法意義上的複製——以國際公約為核心的規範分析」電子知識產權 2007 年 1 期 22～25 頁、賈彬「論網絡環境下的臨時複製」法制与社会 2012 年 12（下）期 166～167 頁、劉劭陽「論臨時複製的法律性質」電子知識產權 2013 年 Z1 期 106～111 頁、張体銳「雲計算時代臨時複製的著作權屬性」中国版權 2014 年 2 期 36～39 頁などを参照。

³⁴³ 李琛『知識產權法關鍵詞』（法律出版社・2006）125 頁。

³⁴⁴ Records of the Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions, p. 628, para. 497.

頒布を規制する頒布権)によって規制されることはないと推察できよう³⁴⁵。

さらに、1990年著作権法において、著作権者が有する「使用権及び報酬獲得権」の内容として、「放送」(当時の中国語:「播放」)という使用方式が挙げられ、また、1991年著作権法实施条例の定義規定によると、「放送」とは、無線電波、有線テレビシステムを通じて著作物を伝達することである。しかしながら、2001年法改正により、「放送」(当時の中国語:「广播」)は、「無線の方式を通じて著作物を公に放送または伝達し、あるいは有線伝達と再放送の方式を通じて放送された著作物を公衆に伝達するし、もしくは拡声器その他記号・音声・画像を伝達するそのたの類似の道具を通じて放送された著作物を公衆に伝達する」行為と新たに定義された。同法改正により、放送を再放送するのではなく、有線の方式を通じて著作物を直接に伝達する行為は放送権の権利範囲から排除されることになったが、その趣旨は単に、ベルヌ条約を実施し、国内法の規定を条約と完全一致させるためである³⁴⁶。このような経緯から、現行著作権法において、インターネット放送は、無線技術のみを利用するものとこれを受信してから有線の方式で伝達するもの以外、文言上、放送権の範囲から排除されることが明らかである。しかしながら、仮にそのようなインターネット放送行為が放送権の範囲内にあると解釈すると、著作権法において放送業者が許諾なし(使用料の支払い義務があるが)で公表済みの著作物(映画著作物等を除く)を放送することができるという法定許諾制度が定めていること(著作権法43条2項、44条、46条)を念頭に置くと、インターネットによる放送という形態の利用について、著作権者や著作隣接権者の権利が制限されてしまう可能性³⁴⁷も著作権実務にとって考えなければならない問題である。

ちなみに、第三次著作権法改正の審議用原案は、放送権(中国語:「播放権」)を「無線または有線の方式を通じて著作物を公に放送し、または当該著作物の放送を再放送し、もしくは技術設備を用いて当該著作物の放送を公衆に伝達する権利」と新たに定義している。この文言から、インターネットを経由する非インタラクティブな送信行為について、将来「放送権」によって規制する傾向が見られる。ただし、この場合に、放送権と情報ネットワーク伝達権はなおインタラクティブ要件によって峻別するか、それとも情報ネットワーク伝達権が放送権に吸収され得るかについて、立法解釈または司法解釈を待つ必要がある。また、同原案において、中国がWPPTに加入する際に留保していた、商業用レコード製作

³⁴⁵ 王遷『著作権法』(中国人民大学出版社・2015)173～176頁。

³⁴⁶ 中国人大網「中華人民共和国著作権法釈義」

http://www.npc.gov.cn/npc/flsyywd/minshang/2002-07/15/content_297587.htm

³⁴⁷ ただし、現在進行中の第三次著作権法改正の審議用原案では、公表済みの著作物に関する法定許諾制度が廃止されることとなっているため、実際に通過される改正案に注目する必要がある。

者がレコードの放送等（「無線または有線的方式を通じて録音製品を公に放送し、または当該録音製品の放送を再放送し、もしくは技術設備を用いて当該録音製品の放送を公衆に伝達する」）について有する報酬請求権をも導入する見込みである。したがって、放送権と情報ネットワーク伝達権の判断基準に関する解釈は、同じ中国語圏であるが法制度が異なる中国大陆、澳門、香港、台湾等の地域において活発に行われている著作権実務にさらなる影響を及ぼすことが予想できる。

第3節 公衆要件

すでに整理した通りに、WPPT の締結過程においてインタラクティブ送信の公衆要件について、「家庭やその最も親密な社交的知人の通常の範囲」のみを排除するという提言が現れており、代表団の反対意見があっても変更されず維持された。このような「限定的すぎる」提案は、結果的に国際条約の正式の文言に採用されなかったが、WCT と WPPT 両条約を効率的に成立させるという最優先の課題から、とりわけ途上国からの反対を想定してやむを得ずに各国の国内立法の自由に任せたと思われる。

I 日本の場合

日本では、自動公衆送信ないし公衆送信の要件だけではなく、著作権者が有する他の支分権の要件や公の利用禁止権一般の要件として、公衆要件の判断の枠組みや「不特定」と「特定」の判断基準に関する議論、「多数」要素に関する総合衡量論が展開されてきた。

実際、WIPO 条約の締結過程に多くの条文に実質的な影響を与えたヨーロッパにおいても、公衆要件の枠組みについてきっかけとなった「まねき TV」事件と類似の事案を有する事件がある。いわゆる「TVCatchup」事件³⁴⁸において、欧州司法裁判所は、広い解釈論を行った結果、「まねき TV」事件上告審判決と同じ結論を導いた。同判決は、情報社会における著作権および関連権の特定側面についてのハーモナイゼーションに関する欧州議会および理事会指令（Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the Harmonization of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Informaiton Society、以下「情報社会指令」）3条が定める「公衆への伝達権」について、同指令の趣旨が著作者に高いレベルの保護を与えることであるため、広く解釈すべきであると指摘した上に、とりわけ「公衆」要件について、「不確定の数の潜在的受信者」と「かなりの数の人々」という判断基準を示した³⁴⁹。同判決は特別に、潜在的受信者が送信される著作物にアクセスするために1対1な通信を利用していることが、公衆要件

³⁴⁸ Judgement of 7.3.2013, Case C-607/11, ITV Broadcasting and Others.

³⁴⁹ そして、「かなりの数の人々」特を判断する際に、「潜在的受信者が著作物を利用することを可能にするという累積的な効果」を考慮しなければならない、というのである。同基準は、ホテルの客室に向けたテレビ番組の配信サービスが公衆への伝達に該当するかという論点を扱った「SGAE」事件判決（Judgement of 7.12.2006, Case C-306/05, SGAE）においてすでに言及された。同判決は、客室にいる顧客のみならず、客室にいても客室の設置されているテレビを利用することができる顧客や、次々とチェックインする顧客も含めて考慮する必要があるとし、かなりの数の人々が当該サービスに関わっているため公衆に該当すると認定した。

の判断に関係ないと明言している。これによって、「TVCatchup」事件判決は、実質的に公衆要件の判断枠組みを示した「まねき TV」上告審判決と同様に、公衆要件の判断にあたって「装置基準」を排除したと思われる。

他方、日本では、不特定と特定を区別するために、「事前の人的結合関係の強弱」という基準は有力であり、数々の判決に適用されまたは言及されているが、この基準は、WPPT の締結過程に現れた提言の定義より、公衆の範囲を一定の程度において狭く解釈することができると思われる。すなわち、「家庭やその最も親密な社交的知人の通常の範囲」に属する対象者ではなくても、事前の人的結合関係の強さが一定の程度に達していれば、特定者であると認定することで、公衆要件が否定される可能性を高めることができる。

たとえば「サライ写真」事件のように、被告会社とその社員である担当者 4 人の関係は、本件著作物の利用行為に関係なく事前すでに形成されたものであるため、日本の司法実務においては事前の人的結合関係が強いと認められ、よって「特定」要素が肯定されたに対し、WPPT 草案に対する代表団の反対意見の通り、オフィスなどの内部送信を排除する「家庭やその最も親密な社交的知人の通常の範囲」に該当しないため「公衆」と認定される可能性が高い。

他方、公衆概念に「特定かつ多数」の者が含まれるため、仮に行行為者にとってその行為の対象者が「家庭やその最も親密な社交的知人の通常の範囲」に属するとしても多数に達した場合、依然として日本法上の「公衆」として捉えられることになる。たとえば、発達しているインターネット社会では、単に SNS サービスを使用して家族、友人、同級生などと連絡を取り合ったり生活をシェアしたりするだけでも、情報の共有対象者が数百人に達することも珍しくない。このような状況について、総合衡量論を用いて「多数」ではないと解釈するか、それとも「多数」に対する通常理解に基づいて公衆要件を肯定するかについてなお不透明である。

もちろん、「TVCatchup」事件判決はあくまで欧州司法裁判所がその管轄権のある範囲内の事件しか審理せず、WIPO 条約に直接な影響を受けることも、与えることもないと思われるが、本稿第 1 章第 1 節で顧みた通り、WCT と WPPT 条約の締結過程において欧州共同体が発揮した重要な役割を果たし続けていたため、同判決もヨーロッパの法解釈の趨勢を反映するものとして重要な参考意義があるといえることができる。

同様に、「家庭やその最も親密な社交的知人の通常の範囲」という文言は、あくまで WPPT の締結過程において当時の新文書委員会の単独会議にしか現れなかった提案であり、最終的には WPPT にも WCT にも取り入れなかった基準であるため、法解釈を行う際に、仮に WIPO 条約を参照する必要があっても、条約の条文どころか、当時の外交会議記録にも記載されなかった「限定的すぎる」上記の基準に影響されることはほとんど考えられない。しかしながら、上記の提言が存在したことは、一定の程度においてヨーロッパないし WIPO における著作権保護の政策決定に関わる者の考えを反映しているため、現在でも著作権法制度

における国際的調和のための議論や交渉が絶えずに行われていることを念頭に置くと、将来的に日本の司法と立法実務に与え得る影響について注目する必要がある。

II 中国の場合

一方、中国ではそもそも公衆要件が争点となった裁判例が多くないため、公衆要件に関して一般的に論じるものが少ない一方、公表権の要件である「衆に公にする」に対する司法解释に基づき、公衆とは「不特定者」を指すと考える見解が多い。また、本稿第1章第3節のⅢにおいて言及した通り、情報ネットワーク伝達権の名称とその定義の齟齬から、「情報ネットワーク」という伝達の技術手段とも捉え得る文言に関する議論に、実質的に公衆要件を論じるものがある。しかしながら、そのような議論は、営利目的の下での送信を想定した上で躊躇なく公衆要件を肯定する傾向にあるように思われる。たとえば、「彭浩訴北京万方」事件において、学位論文のデータベースを運営する被告は、国の指示に従って学位論文のデジタル化を担当する中信研究所の依頼を受けて本件著作物のデジタル化を行ったにすぎないとして、著作権法22条1項8号における「図書館等の複製」に関する制限規定を適用することができると主張している。実際、前記の制限規定は、複製の目的を「所蔵する著作物の陳列または保存」と定めており、また、制限される行為も複製行為に限っている。よって、被告の上記の主張について、裁判所は本来上記の目的や行為要件に該当しないとして退けることができたものの、実際の判決において、とりわけ公衆要件を論じる際に、被告の行為が「商業的使用」であることを繰り返して強調している。このことは、おそらく著作権法22条1項1号における「個人使用」に関する権利制限規定を念頭に置いた対応であると推測される。「個人使用」規定とは、個人の学習、研究、鑑賞のために、すでに公表された他人の著作物を使用する場合、著作者の名前と著作物の名称を記載し、著作権者の他の権利を侵害しないことを前提として、著作権者の許諾なく、かつ、著作権者に報酬を支払わずに、著作物を使用することができるという著作権の制限規定である。上記の文言通りに、制限規定を適用できる使用目的は個人の学習、研究、鑑賞を含むという非常に広い範囲であるのみならず、使用する主体は当該目的を有する者自身に限るかについても曖昧である。

たとえば、前記使用目的について説明する際に、その「目的は、学習、研究、鑑賞に限り、出版、貸与、貸出等その他の営利性の使用をしてはならない」³⁵⁰など、非営利性を強調するものが多い。また、使用の方式についても、個人の実演や複製などに限定するについて明確に定めていない³⁵¹、と認めている。さらに、「個人使用」規定から、個人が図書館の所蔵する書籍を複製することも、図書館が個人のために書籍を複製することも、それ

³⁵⁰ 劉春田【編】『知識産権法〔第5版〕』（中国人民大学出版社・2014）120頁。

³⁵¹ 吳漢東等『知識産権基本問題研究』（中国人民大学出版社・2005）304頁。

が紙媒体かデジタル形式かに関係なく、著作権の制限規定を適用すべきであるとするものさえある³⁵²。

要するに、一般人はもちろん、著作権法の研究に携わる者も、非営利目的であれば、複製行為のみならず、情報ネットワーク伝達行為までも「個人使用」に関する権利制限規定を適用し得ると考えているため、実務においても、著作権法における「公」と「私」の境界線を区別するために無意識的に当該規定を参照することがある。

そもそも、中国著作権法における「個人使用」等に関する権利制限規定は、ベルヌ条約と万国著作権条約への加入を念頭に置きながら、初めての著作権法を制定する際に、両条約の内容を参照した上で、中国の実情に鑑みてやや広く定めたものである。その後、WCT と WPPT 両条約を加入するために著作権法を改正したが、両条約に権利制限規定や著作権法上の公衆要件について具体的な変更がなかったため、中国の著作権法もこれらに関する規定について特別に改正を行う必要がなかった。

このような経緯により、現行の著作権法は、複製権のみならず、情報ネットワーク伝達権を含めた他の支分権についても「個人使用」等の権利制限規定を適用することができるため、公衆要件を判断する際に営利目的などの考慮を行い得る。しかしながら、現在進行中の著作権法の第3次法改正において、上記の「個人使用」規定を「個人の学習、研究のために、すでに公表された他人の著作物の一部を複製すること」に改正する見込みである。仮に当該改正が成立した場合、文言通りに、複製権が制限される範囲が狭くだけでなく、情報ネットワーク伝達権その他の支分権に関して当該規定を適用する余地がなくなる。ただし、当該改正における審議用原稿には、例示された12種の著作権が制限される場合に、「その他の場合」を加え、さらに、これらの場合において著作物を使用する際に、「著作物の正常な使用に影響せず、かつ、著作権者の適法な権益を不合理に侵害してはならない」といういわゆる3 step test 条項も含まれている。当該審議用原稿とりわけ前記の規定は、最終的に修正されるか否か、または如何に修正するかがいまだ不透明であるが、国際条約の規定とその締結過程は国内法の解釈に影響を与え続けることに間違いないと言えよう。

³⁵² 龍文懋＝高震「高校図書館数字図書合理使用問題研究」劉春田【編】『中国著作権法律百年論壇文集』（法律出版社・2013）245頁。

第4節 送信要件

まず再確認しておく必要があるのは、WCT と WPPT の締結過程において、インタラクティブ送信の上位概念である公衆への伝達の「伝達」(communication) について「伝達の発生地にいない公衆」への送信であると説明されているが、「利用可能化」の具体的な意義について、「著作物へのアクセスを提供する」行為であり、「重要なのは著作物を利用可能化する初期の行動」であるというような正面からの説明と、単なる設備の提供ではない、私的送信ではない、複製行為の有無を考慮しないというような反面からの説明に止まる³⁵³。しかも、このような説明は、WIPO 事務局が作成した WCT 草案に対する逐条のコメントに記載されたにすぎず、外交会議においてこれらの説明について実質的な議論を行っておらず、条文にも反映されていないまま、両条約が成立したのである。また、上記の説明の中、「単なる設備の提供」という除外説明は、条約には取り入れられなかったものの、「ISP と通信会社の利益を代表する NGO のロビイング」の結果として、条約に関する合意声明に記載されている。

I 日本の場合

いわゆる自動公衆送信の前段階である送信可能化について、日本では、著作権者が有する公衆送信権に含まれるという権利構成も著作隣接権者が有する送信可能化権も、それぞれ WCT8 条と WPPT の 10 条や 14 条にならった規定であると理解されている。前者については、WCT8 条の権利構成の考え方を踏まえた上で、「現実的にも、送信可能化については許諾するが、その後の自動公衆送信については許諾しないといったことは實際上あり得ない」と判断した結果であり³⁵⁴、後者については、「送信行為そのものには許諾権及び報酬請求権を与えずに、その前段階の行為」である「送信可能化について許諾権を与えた」と理解されている³⁵⁵。しかしながら、Ficsor 氏の理解によると、WCT を実施するためではあるものの、日本の著作権法は一步進んで、特別な新権利である「送信可能化権」をも定めた、というのである³⁵⁶。具体的に言えば、WCT においてインタラクティブ送信は、このような送信を可能にする行為とこれを実際に行う行為両方を含むが、日本の著作権法はこの 2 つの場合を区別している³⁵⁷。なお、このような区別の効果は WCT の条文と実質的に異なるこ

³⁵³ WIPO document CRNR/DC/4(1996.8.30), Notes on Article 10.

³⁵⁴ 加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』(著作権情報センター・2013) 193～194 頁。

³⁵⁵ 加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』(著作権情報センター・2013) 574、626 頁。

³⁵⁶ Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet* (Oxford University Press, 2002), pp. 506.

³⁵⁷ Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet* (Oxford University Press,

とがないとも指摘している。

そして、本稿第1章第2節のⅢにおいて説明した通り、国際条約と異なり、日本著作権法における公衆送信や自動公衆送信の概念自体が簡素であるが、自動公衆送信の前段階である送信可能化について、情報処理と接続行為との2段階に分けた上で、それぞれを詳細に定義している。このような2段階定義の考え方は、WIPOブレインストーミング会議の1つであるハーバード大学シンポジウムにおいて、当時のマックス・プランク研究所の部局長である Thomas Dreier 氏の報告³⁵⁸にすでに現れていた。同報告によると、著作物を公に利用可能にすることは、私的領域における第三者がアクセスできない部分からから第三者がアクセス可能な部分にさせることである。また、このような移転には2つの方法があり、1つは、すでに存在する私的領域における第三者がアクセスできる部分に著作物を移転させること、もう1つは、第三者によるアクセス対して新しく開放することである。この通り、1つ目の方法は、日本著作権法における送信可能化の定義の情報処理段階に対応しており、2つ目の方法は、その接続行為に対応することが明らかである。実際、上記の報告がなされたハーバード大学シンポジウムには、当時の日本著作権審議会マルチメディア小委員会の委員である北川善太郎氏も参加して報告³⁵⁹を行ったため、同シンポジウムをきっかけに、前記の Dreier 氏の説明が共有されたのではないかと推測される。

また、WCT 草案に対する WIPO 事務局のコメントにおいて、著作物を利用可能化する初期の行為が重要であると指摘されていると同様に、日本著作権法における送信可能化の定義に関する起草者の説明の中でも、上記の接続行為について様々な「行為が一連のものとして行われる場合があるが、「当該一連の行為のうち最後のものをいう」というようなキー・ポイント的な説明がある。

このような説明は一見すると、著作物の自動公衆送信行為または送信可能化に関わる行為が様々あることを想定した上で、著作物の利用行為について責任を負うべき者を絞り出すためのものである。しかしながら、司法実務において問題となる送信行為が著作権者の同意を得ていなければ、それに関わる如何なる者でも、物理的な視点や規範的主体論によって著作権侵害の主体として捉えられる可能性がある。もちろん、WCT の合意声明のように、日本法上の送信可能化についても「通信設備を単に設置、管理、運営する者については、……送信可能化に関する責任を問われるものではない」というような例外的説明があ

2002), pp. 508-509.

³⁵⁸ Thomas Dreier, *Copyright Digitized: Philosophical Impacts and Practical Implications for Information Exchange in Digital Networks*, WIPO Publication No. 723(e) (1993), pp. 187-211.

³⁵⁹ 北川善太郎先生の報告テーマは、「Copymart: a new concept: an application of digital technology to the collective management of copyright」である。

る³⁶⁰。WCT の合意声明も日本法に対する例外的説明も、その念頭に置かれているのは、ISP や通信会社であるため、法解釈を行う際に、著作権法の趣旨や沿革を検討すればするほど、当該例外説明が極めて狭い範囲に理解されることになる。

II 中国の場合

中国では、送信要件に関する議論は、主にリンク行為を巡って展開してきた。10 年以上の議論を重ね、著作権者の許諾を得ずに行うリンク行為が情報ネットワーク伝達行為として直接侵害の責任を問われるべきかについて、「サーバ」基準、「ユーザー」基準、「実質展示」基準、「実質代替」基準など、リンク行為のみならず、情報ネットワーク伝達行為そのものの本質に関する判断基準が論じられてきた。

司法実務において単一の基準について共通な認識が達成されなかったが、2014 年に設立された北京知識産権法院は実務において徹底的に「サーバ」基準を採用しているため、少なくとも司法実務による解釈が統一される見込みはある。

学説においては、アメリカの Amazon 事件や Google 事件と欧州司法裁判所による Svensson 事件判決の影響を受け、長い間に、「サーバ」基準が広く支持され、「ユーザー」基準がその不確定性によって批判されてきたが、最近の動向として、「サーバ」基準に対して疑問視するものが多く、新しい解釈論ないし立法論も行われている。このうち、「実質展示」基準と新「ユーザー」基準は、互いに対立しているものの、いずれも WCT の文言とその締結過程を参照し、その真意に基づいて解釈していると主張している。「実質展示」基準を主張する学説によると、WCT の締結過程において、起草者が著作物を提供するための「初期の行動」を重視することと、単なる通信設備の提供行為を排除することから、WCT における利用可能化行為の定義が「サーバ」基準を採用したと考えることができるものの、これをもってディープ・リンク等の行為を利用可能化の上位概念である「公衆への伝達」行為から排除することができない。そして、中国法上の情報ネットワーク伝達の名称とその定義から、「提供」とは、WCT8 における「伝達」を参照したのかそれとも「利用可能化」を参照したのかについて、立法者の原意は必ずしも明確ではない。したがって、法解釈論として、「実質展示」基準を採用し、ディープ・リンク行為についても、実質的に公衆に著作物の内容を展示した場合、情報ネットワーク伝達行為として捉えることができる、というのである³⁶¹。

また、新「ユーザー」基準によると、WCT の締結過程に鑑みると、インターネットを通じて著作物を伝達する行為を一般的に著作権者の排他的権利範囲に属すると考えるべきであり、また、技術的中立の原則に基づき、ある伝達行為が如何なる技術的手段を通じて

³⁶⁰ 加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』（著作権情報センター・2013）45 頁。

³⁶¹ 崔国斌「得形忘意的服務器標準」知識産権 2016 年 8 期 13～15 頁。

行われることを問わず、ユーザーにとって当該伝達によって著作物の内容を知覚することができる³⁶²。

もともと、上記のいずれの基準も、いわゆるアップロードという伝統的、典型的インタラクティブ送信行為がなくても、著作物が一定の規模にアクセスされた場合、情報ネットワーク伝達の送信要件をクリアさせ、その結果に貢献した者を権利侵害の主体として捉える、という実質的な機能を有する。また、このような機能を有する基準による著作権法の規制は、WCT と WPPT 条約の締結過程に反映されている、デジタル技術による著作物の利用形態をコントロールする権利をすべて著作権者に帰属させる趣旨を正確に読み取れていると思われる。

本稿第 1 章第 1 節のⅢにおいて説明した通り、WIPO 条約における「利用可能化」は極めて曖昧で、広く解釈され得る概念であり、インタラクティブ送信のみならず、貸与や頒布など、公衆に著作物の内容を知覚させる行為のすべてを包含できる概念である。中国の著作権法は WIPO 条約を実施するために、その文言まで忠実に導入し、同じく曖昧かつ広い意味を有する「提供」を使用する結果、情報ネットワーク伝達権を通じてデジタル技術による著作物のあらゆる利用形態を規制しても文言上に何の不都合もない。むしろ、中国著作権法改正の立法過程や WIPO 条約の締結過程を考察すればするほど、技術的手段に拘らず、著作権者に包括的権利を与えるという趣旨が見えてくる。また、WIPO 条約の合意声明に単なる設備運営等が「伝達」行為に該当しないという ISP の責任を制限する記載があるため、中国の著作権法制度にも ISP の責任を制限する法規範が制定されたが、ISP 責任の制限条項が正式の WIPO 条約に取り入れられなかった背景や条約締結過程において具体的提案が ISP や通信会社のロビイング活動によって提出されたことに鑑みると、それに対応する中国法上の制限条項は、著作物の内容の提供を依存しない真正な ISP にしか適用しないと解釈される傾向にあり、その活用によって著作権の過剰な拡張を防ぐことを期待することができないといわざるを得ない。

³⁶² 劉銀良「信息网络传播权的侵权判定——从『用户感知标准』到『提供标准』」法学 2017 年 10 期 106～108 頁。

終章 残された課題

デジタル技術という伝達手段がもたらす著作物の利用形態の変化に対応し、国境を越えた利用行為に関する規制を調和するために、国際社会は 30 年以上前から議論を重ねてきた。とりわけ WCT と WPPT の締結過程において、インターネット技術を中心としたデジタル・アジェンダが重要な議題として挙げられ、インタラクティブ送信行為について著作権者や一部の著作隣接権者に専有権を与えることに合意が達成された。国際条約を実施するために、インタラクティブ送信に関する専有権を定めるアプローチは各国に一定の自由を与えたものの、国際条約の締結過程において随所に反映された、技術手段に関係なく著作権者にできるかぎり包括的な権利を与えるという趣旨は、その後の国内立法ないし司法実務に影響を与え続けている。

また、国際条約の締結過程においてデジタル時代に対応した権利制限規定についても議論を行ったものの、それを拡張するところか、個人の使用に関する既存の制限規定をさらに制限する方向で議論が行われた。もちろん、当時では、デジタル技術が著作権者の利益にもたらす衝撃が激しく、また、デジタル技術が私人の日常生活に幅広く浸透することも想定しにくかった原因もあるが、最も重要な原因は、やはり個々の私人の利益が分散的であり、組織化されにくいため国際条約に反映されなかったからである。その証左として、ISP や通信会社は、ロビイング活動を通じて、条約の条文にこそではないものの、条約に関する合意声明に ISP 等の責任を制限するような条項を盛り込むことに成功した。実際、WCT や WPPT より前から、ベルヌ条約はすでに 3 step test という権利制限のための立法や司法実務の指針たるものを定めているものの、これに対する限定的な理解により、デジタル時代において十分に機能しているというにはまだ程遠い³⁶³。

たとえば、SNS を利用する場合、自らのアカウントを対象者限定に公開する場合がある一方、特にそのような限定設定を行わない場合もあるが、後者の場合、誰でもアカウントにアクセスできるものの、実際にその情報をフォローする者が極めて少ない場合も珍しくない。しかしながら、自動公衆送信に関する権利は、まさに公衆によるアクセスの可能性さえあれば規制できる専有権であるため、前記の場合でも間違いなく著作権者によって権利主張され得る。実際、日本の「ツイッター・ジャパン」発信者情報開示請求事件³⁶⁴において、SNS を利用する際に、他人の写真著作物を自らのアカウントのプロファイリング写真として設定した行為について、写真著作物の著作権者である原告と SNS の経営者である

³⁶³ 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) ～ (6・完) —— 厳格解釈から柔軟な解釈へ——」知的財産法政策学研究 26/27/30/31/36/45 号 (2010～2014) 221～256/131～163/43～69/45～75/91～119/133～291 を参照。

³⁶⁴ 東京地判平成 28 年 9 月 15 日平成 27 年 (ワ) 第 17928 号 [ツイッター・ジャパン]。

被告の間に争いがなく裁判の争点にはならなかったため、裁判所はこれについて判断を行わなかったが、仮に争点となった場合、不特定かつ多数の者が問題の写真にアクセスすることができるため、自動公衆送信行為の該当性を容易に肯定することができよう³⁶⁵。同事件における SNS ユーザーの行為が具体的に著作権者に如何なる不利益をもたらしたかについては不透明であるが、一般的に言えば、個人の日常生活の一部として著作物を非営利目的でかつ零細的に利用しても、著作権者に何らかの不利益をもたらしたと言い難い。しかも、現行法において、このような行為を著作権者の許諾なく行った場合、著作権侵害に該当することは明白であるが、一般の人々の意識において、必ずしもそのような法的結論を正確に理解していると限らない。

法規範と人々の認識の乖離という現状に鑑みても、著作権法とりわけ自動公衆送信行為における権利侵害や権利制限に関して、解釈論に止まらず、立法論に踏み入れ、著作権における利益配分モデルについても再検討する必要があると思われる。すなわち、著作物の利用には著作権者の許諾および著作権者への対価の支払いが必要とされるという伝統的なモデルが主流であり、このようなモデルによると、未許諾の著作物を利用する行為に対して、著作権者は差止請求と損害賠償請求を行うことができる。しかしながら、著作権が強化されるとともに、情報の利用の自由と効率にも配慮しなければならない。特に自動公衆送信の場合、迅速に大量な情報の伝達が行われるため、伝統的な利益配分モデルを固守すると、自動公衆送信により得られるメリットが侵食されやすい。このような矛盾を解消するために、例えば中国では、デジタル通信技術で著作物とりわけ映画や音楽の著作物を伝達する行為は、無断配信から広告収入で使用料を支払うモデルへの転換を目指している。すなわち、以前の音楽サービスの提供者や動画投稿サイトの運営者は、違法にアップロードされた著作物を依存するビジネスを展開し、著作権者に訴えられた場合、自動公衆送信の該当性を争うか、それに失敗すれば著作権侵害の責任を課されるという形で経営を行っていた。これに対し、現在の主流となっているモデルは、運営者は、高額な広告収入の一部を、ユーザーの投稿行為に応じて、直接に著作権者あるいは著作権管理団体に使用料として支払うか、積極的に著作権者から許諾を得て質の高い著作物を有料または広告配信を前提として無料で提供するというものである。このような転換のメリットは主に3つある。第1に、権利者は依然として著作物の利用による利益を獲得することができる。権利者にとって、著作権の使用料が損害賠償額より安いかもしれないが、著作物の利用状況を監視

³⁶⁵ もっとも、本件において公衆送信権侵害と主張された行為は、プロファイリング写真の設定の他に、当該写真著作物を「ツイート」（投稿）し、さらに他人が当該ツイートをリツイート（同判決によると、リツイートとは、「第三者のツイートについて自己のタイムラインに表示させたり自己のフォロワーにリツイートをしたと知らせたりすることによって、当該第三者のツイートを紹介ないし引用することをいう」）した行為がある。

するコストを節約し、かつ、自らデジタル配信業務を展開するリスクを負わなくて済む。第2に、著作物を事業内容とする経営者は、予測不可能な損害賠償の代わりに、広告収入の一部を以って相対的に安価な使用料を支払い、事業を展開することができる。第3に、最も重要であると思われるのは、一般のユーザーが自由に、かつ、ほとんどの場合に無料で著作物にアクセスすることができる。逆に、日本においては、権利濫用などを理由に著作権を制限するケースが稀に現れるが、無断な自動公衆送信行為が厳しく著作権侵害責任を問われるか、権利者の黙認により「寛容的利用」³⁶⁶が行われる場合が多い。しかしながら、「寛容的利用」による均衡が脆弱であり、また、日本版フェア・ユースの導入を代表として均衡状態を維持するための法制度の改革の試みも挫折している。本稿が分析してきた通り、少なくとも自動公衆送信に関する法規範は、現状を打開するところか、著作権をより一層強力にするものでしかない。今後は、自動公衆送信に関する法制度の立法論を皮切りに、著作権法のリフォームを目指す必要があると思われる。

³⁶⁶ 田村善之「日本の著作権法のリフォーム論—デジタル時代・インターネット時代の「構造的課題」の克服に向けて—」知的財産法政策学研究 44 号（2014）76 頁以下。