

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、引用等 —

田 村 善 之

第3章 日本法における解釈論

1 序

検索サイトにおいて行われるキャッシングやキャッシュ表示、スニペット(テキストの一部表示)、サムネイル表示、動画表示のような行為によって、著作権と抵触する著作物の利用行為が行われているのか、行われているとしてその行為主体は誰かということが問題となる。

前者に関しては、スニペット、サムネイル、動画検索結果表示等、元のページの画像に一定の変形を加える場合に、なお著作権の保護範囲に属するのかということが特に問題となる。後者に関しては、検索サイトを著作物の利用の行為主体と観念できるのかということが問題となる。

2 類似性

1) 序

キャッシングやキャッシュ表示のように元のページをそのまま蓄積し表示する場合には、元のページに著作物が含まれている限り、その複製に該当することに疑いはない。

問題は、スニペットのように元のページのテキストの一部を表示したり、サムネイル画像や動画検索結果表示のように、解像度を落としたり、数秒ないし数十秒動画を表示するに止まる場合である。元のページに含まれている著作物がそのまま再生されるわけではないので、そもそも著作物を再

生したといえるのか、あるいは、著作権の侵害行為の成立に必要とされる類似性の要件⁽⁷²⁾を満たすのかということが問題となる。

以下、個別に検討していこう。

2) スニペット

スニペットに関しては、元のページに掲載されているテキストから、ユーザーが用いた検索語を中心に2～3行程度の長さの文章をそのまま抜き取ってくるので、この程度の長さで、著作物を再生しているといえるのかということが問題となる⁽⁷³⁾。

一般論をいえば、著作物として成立するためには、思想、感情を創作的に表現しているか否かということが問題となる(著作権法2条1項1号参照)。アイディアは保護されず、表現のみが保護される(TRIPs協定9条2項、WIPO著作権条約2条も参照)。ゆえに、誰が著作しても同様の表現になるようなものは創作性を欠く⁽⁷⁴⁾。

裁判例⁽⁷⁵⁾では、東京地判平成7.12.18知裁集27巻4号787頁[ラストメッセージ in 最終号]⁽⁷⁶⁾が好素材を提供している。

本件の被告は、原告らが発行している各種雑誌の休廃刊の際の挨拶文等を複写してまとめた書籍を発行した。デッド・コピーの事件であるので、原告らの挨拶文等に創作性が認められ著作物となるのか否かということが著作権侵害の成否を決する分岐点となった。裁判所は、大半の挨拶文等について著作権侵害を肯定したが、7個の挨拶文に限っては、日頃よく用いられる表現、ありふれた言い回しにとどまっているということを理由に創作性を認めず著作権侵害を否定している。

本件で創作性が認められなかったのは、図1の図①～⑦である。極めて短い文章で表現された①に創作性が認められないのは当然であろう。紋切り型の②、③や、ありきたりの表現で構成された④にも創作性を認めるわけにはいかない。このような表現に排他権を認められたのでは、後続の休廃刊誌が苦勞することになる。その意味で、関連雑誌の愛読を要望する文章が付け加わっただけの⑤、⑥も大同小異であろう。かなり長文である⑦はやや限界線上に近づいた事例といえようが、全体にわたり紋切り型の文章で構成されていたことが、創作性を否定される結果を導いたのである。

これに対して、創作性が認められた⑧も限界線上に位置している。紋切

り型ではなく、やや独特の表現を用いていることが創作性を肯定される方向に斟酌されたのであろうが、この程度の短文に創作性を認めるべきなのか、疑問が残る。しかし、これが、工夫を凝らされ、しかも長文である⑨辺りになってくると、創作性が認められたことは当然のように思われてくる(ただし保護の範囲はかなり狭い)。

また、新撰組に関する史跡を紹介するガイドブックに関する著作権侵害が問題となった東京地判平成13.1.23判時1756号139頁[ふいーるどわーく多摩]では、原告著作物の記述中、

「国立駅 JR中央線の駅。谷保天神、本宿町へ行くバスが出る。東京駅から快速四三分、各駅停車五〇分。新宿駅から快速三〇分、各駅停車三一分。三鷹駅から快速・各駅停車一三分。立川駅から快速・各駅停車二分。特別快速は停まらない。」

という文章については、著作物性が否定されているが、

「鶴川駅 小田急小田原線の駅。小野路の小島資料館へ向かうバスが出る。肝心のバス停は、改札を出た左手の先にひとつだけぼつんとある。改札から右へ進んだバスターミナルは無関係なので注意しよう。新宿より準急三二分、各駅停車四一分。特急は通過するので新百合が丘で準急が各駅停車に乗換え。」

という文章については、著作物性が肯定されている(ただし、「鶴川駅」については「新宿より」以下の部分を除く)⁽⁷⁷⁾。

こうした従前の裁判例の判断基準に照らすと、スニペットにおいて抽出される2行から3行程度の文章で著作物性が肯定されるか否かということは、場合によるとしかいえない。少なくとも、一概に著作物性がないと断言することができないことはたしかである。そして、検索サイトは多数のスニペットを表示するものであるのだから、全てのスニペットについて著作物性が否定されることはない以上、検索サイトをして著作権侵害に問責されるおそれに萎縮することなくその運営を可能とするためには、著作権の制限規定や黙示の同意その他の一般的な著作権侵害を否定する法理を持ち出す必要があるということになる⁽⁷⁸⁾。

3) サムネイル表示⁽⁷⁹⁾

サムネイル画像に関しては、一般的にそれほど解像度に優れたものでは

ないため、元のページに含まれた著作物の保護範囲を脱するのではないか、ということが問題となる。

たしかに、ある行為が他人の著作権を侵害する行為と評価されるためには、法定の利用行為があるだけでは足りず、元の著作物の創作的な表現が再生されていなければならない(最判平成13.6.28 民集55巻4号837頁[北の波濤に唄う])⁸⁰⁾。しかし、逆にいえば、元の著作物の創作的な表現が再生されていれば、それで十分であるということでもある⁸¹⁾。

関連する裁判例としては、照明器具の宣伝広告用カタログ内で、和室を撮影した写真内に掛け軸として掲げられていた書が映り込んでいた(図2を参照)という事案で、写真内の書は、1字につき3ミリから9ミリの大きさであり、墨の濃淡、かすれ具合、筆の勢いなどの創作的な表現までもが再現されているとはいえないと判示して、著作権侵害を否定した判決がある(東京地判平成11.10.27判時1701号157頁[雪月花]、東京高判平成14.2.18平成11(ネ)5641[同2審])。

しかし、この判決の射程は、決して広いものではない。書は、字体を創作的に表現したところに著作物性が認められるものであって、ゆえに、もともとその保護範囲も狭いという事情がある⁸²⁾。この判決は、そのような書特有の事情を巧みに活用して権利侵害を否定する論法を採用しているから、その射程は理屈のうえでは自ずから限定的なものとならざるを得ない⁸³⁾。

これを絵画についていえば、書体という制約がある書と異なり、通例、絵画の構図自体が創作的な表現であると評価されることになる⁸⁴⁾。そうだとすると、その種の絵画の画像を掲載した場合、その構図を看取しうる限りにおいて、創作的表現が再生されている、と言わざるを得ない。

もちろん、書がサムネイルとされた場合、あるいは創作的な表現が露光や陰影の工夫に認められるに止まる写真の場合⁸⁵⁾、あるいは、構図が創作的な表現とされる絵画であっても元のページの一部を占めるに止まるため、サムネイルに落とされてしまうと創作的な構図を看取することが困難となるような場合には、先に紹介した前掲東京地判[雪月花]の射程が及ぶ可能性がある。

しかし、このことは、結局はサムネイル画像についての類似性の成否は事例毎に判断する必要があるということの意味するに止まる。およそ一般

論として、サムネイル画像が元のページにある著作物と類似することはないとはいえない以上、検索サイトを著作権侵害の萎縮効果から解放するためには、やはり著作権を制限する法理に頼らざるをえないことは、スニペットの場合と異なるところはない。

3 法定の利用行為

1) 序

インターネットのサイト上に掲載されている著作物たるページを検索サイトがキャッシングし自己の管理するサーバー内に蓄積する行為は、著作権に抵触しうる複製行為(著作権法21条)に該当する。さらに、検索サイトを利用するユーザーの指示次第でキャッシュ表示がなされるような技術的な体制が敷かれている場合には送信可能化行為(公衆送信の一部とされているが、23条1項)が行われていることになり、実際に公衆に向けて送信されれば公衆送信行為(23条1項)もなされることになる。スニペットやサムネイルや動画表示に関しても、同様に、サーバーへの蓄積の時点、インタラクティブ送信を可能とした時点、実際に送信がなされた時点で、それぞれ複製、送信可能化、公衆送信行為がなされており、前述した類似性の要件を満たす限りにおいて、著作権と抵触しうる行為がなされていることになる。

問題は、これらの場合、当該行為の主体は誰か、換言すれば、著作権と抵触する行為をなしている者は誰なのかということである。

2) 従前の裁判例⁸⁶⁾

従前の裁判例で、著作物を物理的に利用する者以外の者(であるのかどうかは本件では問題になるが、それはひとまず脇に置く)が著作権を直接侵害しているか否かということが争点とされた事例は主として、人的行為支配型と物的手段提供型の2類型に大別することができる⁸⁷⁾、最近では、さらにシステム提供型とでも呼ぶべき類型が現れていることが特徴的である⁸⁸⁾。

i) 人的行為支配型

第一の類型は、著作物を物理的に利用している者(以下、A)以外の者(以

下、Y)が、著作物をどのように利用するのかということを決めようとする立場にあるために、この者に対して著作権侵害の責任を課すことが事態適合的であるとともに、侵害行為を抑止することにつながると推察される類型である(人的行為支配型)⁽⁸⁹⁾。

たとえば、過去の裁判例では、物理的には著作物を利用しているのは楽曲の演奏者であるところ、当該演奏が行われているキャバレー店の営業主(名古屋高決昭和35.4.27最新著作権関係判例集 I 443頁[中部観光即時抗告審]、大阪地判昭和42.8.21最新著作権関係判例集 I 450頁[ナニワ観光]、大阪高判昭和45.4.30無体集2巻1号252頁[同2審])、当該演奏がなされている公演の企画者(楽曲の無断演奏の中止が求められた仮処分事件で、東京地判昭和54.8.31無体集11巻2号439頁[ビートル・フィーバー])⁽⁹⁰⁾、あるいは、物理的には著作物を利用したのはダンサーであるところ、当該パレエ公演の主催者(損害賠償等請求事件で、東京地判平成10.11.20知裁集30巻4号841頁[我々のファウスト])⁽⁹¹⁾などが、著作物の利用行為の主体であると認められている。

もちろん、著作物を物理的に利用している者Aが著作権侵害に問われるのであれば、Yに対してはAの著作権侵害行為に関する共同不法行為責任を追及することが可能であるから、Yを著作物の利用行為者とする意味は、主としてYに対する差止請求権の成立を確実にするところにある⁽⁹²⁾。

他方で、著作物を物理的に利用している者Aが私人であるとか非営利でなしている場合には、差止請求ばかりでなく、損害賠償請求に関しても、著作物の利用態様を決定しようとする立場にある者Yを侵害主体とみることができるのであれば、その実益は大きい。Aを著作権の利用行為者としてしまうと、著作権法30条1項や38条1項により著作権が制限される可能性があるが、その場合、Yを著作物の利用行為者に擬することができず、差止請求はおろか、損害賠償請求に関しても、Aに著作権侵害が成立しないのであれば、その教唆、幫助も共同不法行為たりえない。しかし、私的複製や非営利利用が著作権侵害の責任を免れている理由は、私的ないし非営利の複製や利用は個別的なものであって大規模なものにはならないと推察されるので、私人等の活動の自由を著作権に優先するところにある⁽⁹³⁾。物理的に著作物を利用する者Aには私的目的ないし非

営利目的が備わっていたとしても、私的目的がなく業として、あるいは営利目的のあるYが著作物の利用を決めているのだとすれば、組織的ないし大量に、私的ないし非営利の著作物の利用行為が誘発されることになり、私的複製や非営利利用を著作権の権利範囲外とした法の趣旨が潜脱されてしまいかねない。ゆえに、Yをして著作物の直接の利用行為者であると擬する必要性が生じるのである。

たとえば、飲食店等でカラオケが使われる場合に、客の歌唱をもって店の歌唱とみなせるのかということが争点⁽⁹⁴⁾となった最判昭和63.3.15民集42巻3号199頁[クラブ・キャッツアイ上告審]⁽⁹⁵⁾は、客の歌唱行為の主体はスナック側(上告人ら)であり、したがって、著作権法22条の演奏権侵害となると帰結している⁽⁹⁶⁾。

さて、この前掲最判[クラブ・キャッツアイ]は、(その射程については議論の余地があるものの)第一類型(の一部であるカラオケ店における顧客の歌唱行為)に関する先例と目されるものであり、「客やホステス等の歌唱が公衆たる他の客に直接聞かせることを目的とするものであること(著作権法22条参照)は明らかであり、客のみが歌唱する場合でも、客は、上告人らと無関係に歌唱しているわけではなく、上告人らの従業員による歌唱の勧誘、上告人らの備え置いたカラオケテープの範囲内での選曲、上告人らの設置したカラオケ装置の従業員による操作を通じて、上告人らの管理のもとに歌唱しているものと解され、他方、上告人らは、客の歌唱をも店の営業政策の一環として取り入れ、これを利用していわゆるカラオケスナックとしての雰囲気醸成し、かかる雰囲気を好む客の来集を図って営業上の利益を増大させることを意図していたというべきであって、前記のような客による歌唱も、著作権法上の規律の観点からは上告人らによる歌唱と同視しよう」と説いている。

最高裁判決のこの説示は、一般に物理的に著作物を歌唱している者(客)の歌唱行為をして、それ以外の者(カラオケスナック)の歌唱と評価しようする要件として、後者が前者の行為を管理し(=管理性)、そこから利益を収受していること(=利益性)という2つの要件を定立したものと理解されており、その後のカラオケ関係事件で踏襲されているほか(高松地判平成3.1.29判タ753号217頁[まはらじゃ]、大阪地判平成6.3.17知裁集29巻1号230頁参照[魅留来1審]、大阪高判平成9.2.27知裁集29巻1号213頁[同2審]、

大阪地判平成6.4.12判時1496号38頁[大阪カラオケスナック刑事]、東京高判平成11.11.29平成11(ネ)2788[ナイトパブG 7 2審]、最判平成13.3.2民集55巻2号185頁[同上告審]、前述したバレエの振り付けの侵害事件でも用いられており、カラオケ以外にもその射程が及ぶものと理解されている。

もともと、理論的に考えれば、本来、前掲最判[クラブ・キャッツアイ]の示した2要件のうち、利益性の要件は不要である、つまり、責任を負わされるべき主体が営業上の利益を収受していることを要しないと解すべきであろう。営業上の利益を収受しているとしても、上演等の遂行について決定権のない者に差止判決を下しても紛争を実効的に解決することにならず、他方で、損害賠償請求に関しては資金を供与していること等を理由に侵害行為の補助者として共同不法行為責任を認めることができるので支障はないからである⁽⁹⁷⁾。

そもそも、同事件の事案では、38条1項の非営利利用に基づく著作権の制限規定の適用を封じておくためには、上告人らに営利目的があることに言及する必要があったという事情もないわけではない。最近の裁判例では、利益性の要件は緩和して運用されており⁽⁹⁸⁾、なかには、事実認定としては営利であることに触れつつ、要件として言及しないものも現れている。

ii) 物的手段提供型

第二の類型は、物理的に著作物を利用している者(以下、A)の利用態様を決しうる立場にあるとは必ずしもいえないが、著作物の利用に供せられる装置やサービスを提供するという形で著作権の侵害行為に関与しているために、この者(以下、Y)に著作権侵害の責任を課すことが事態適合的であるととも、著作権侵害の抑止にもつながると判断される場合である(物的手段提供型)⁽⁹⁹⁾。

特に、著作物の直接の利用者Aが多数、散在しておりその完全な把握には難がある反面、装置やサービスの提供者Yの特定は容易であるという場合には、Yに対する責任を認めることができれば、実効的な侵害抑止が可能となるというメリットがある。

たとえば、楽曲の無断演奏、上演を行っているカラオケ店舗にカラオケ装置を提供しているリース業者に関して、前掲最判[ナイトパブG 7]⁽¹⁰⁰⁾は、装置を引き渡す際に、スナックが著作権者との間で利用許諾契約の締結、申込みをしたことを確認する義務があると帰結している⁽¹⁰¹⁾。

その際、最高裁は、原告(JASRAC)が著作権を管理する著作物の利用行為に結びつく蓋然性が高いこと、著作権侵害は刑罰法規の対象となる犯罪行為であること、リース業者が侵害の蓋然性が高い機器をリースすることで営業上の利益を得ていること、カラオケ店舗が著作物使用許諾契約の締結ないし申込みをしたことが確認できない限り、著作権侵害が行われる蓋然性を予見すべきものであること、リース業者にとってその確認は容易であって、それによって著作権侵害が回避されるものであることを斟酌している。たしかに、カラオケの営業がJASRACの管理する著作物抜きには成立しがたく、装置の提供者もそれら著作物の利用から利益を得ている反面、当時、半数近くの店舗が無許諾で営業しているところ、許諾契約の締結を確認することは一挙手一投足でなしうるものであることを勧奨すると、その程度の負担を背負うことなく装置をリースした業者には過失を肯定すべきである。末端のカラオケ店舗の無断演奏を逐一、把握することに困難がある以上、相対的に数が少ないと思料されるリース業者から対価を還流させるよう仕向ける最判の帰結に合理性を見出すことができよう⁽¹⁰²⁾。

この最判[ナイトパブG 7]の論理は、第一類型(のなかのカラオケ店舗内の演奏)に関する前掲最判[クラブ・キャッツアイ]とは異なり、あくまでも著作物の利用行為者はYではなくA(リース先のカラオケ店舗)であることを前提にしている。

ゆえに、留意すべき第一点として、Aのところで著作権侵害が成立しなければ、Yの注意義務も発生しないというのが、前掲最判[ナイトパブG 7]の論理的帰結となる。

すなわち、この事件では、Aはカラオケ店舗であって営利目的があることは明らかであったので問題が顕在化することはなかったが、かりにAの立場にある者が私人であるとか営利目的を欠くということであれば、Aは著作権の制限規定の恩恵を享受することができるために著作権侵害が成立せず、もってYにも注意義務が認められなくなる可能性がある。この点は、前掲最判[クラブ・キャッツアイ]の法理が、Aにおける著作物の利用を管理していること(さらに利益を収受していること)に着目して、Yをして著作物の直接の利用者であると評価しているために、Aに著作権の制限規定の適用があるかどうかということとは無関係に、直接、Y自体の行為について著作権侵害を是認することができたことと対照的である。この

ことは、逆にいえば、Aの立場にある者が私人であるとか、営利目的を欠く場合である場合には⁽¹⁰³⁾、少々無理をしてでも、前掲最判[ナイトパブG7]型の法理ではなく、前掲最判[クラブ・キャッツアイ]型の法理に依拠して著作権侵害を肯定することが可能であるか否かということを検討させる契機となる⁽¹⁰⁴⁾。

留意すべき第二点は、前掲最判[ナイトパブG7]が謳う注意義務は、あくまでも不法行為責任に係るものであって、そのような注意義務があることを理由として差止請求を導く考え方に到達するには、もう一段、飛躍を要するという点である。

もっとも、同じくカラオケリース業者の行為が問題となった事件で、大阪地判平成15.2.13判時1842号120頁[ヒットワン]⁽¹⁰⁵⁾は、前掲最判[ナイトパブG7]の提唱する注意義務を手がかりにして、カラオケリース業者は、原告の管理楽曲を無許諾で演奏している特定の店舗に対して、楽曲リスト記載の音楽著作物のカラオケ楽曲データの使用禁止措置をとるよう命じている。幫助者の行為が当該著作権侵害行為に密接な関わりを有し、当該幫助者が幫助行為を中止する条理上の義務があり、かつ当該幫助行為を中止して著作権侵害の事態を除去できるような場合には、当該幫助行為を行う者は侵害主体に準じるものと評価できるということを理由に、著作権法112条1項の解釈論として、幫助行為をなす者に対する差止請求を認容する法律論を採用したのである。また、集合住宅に居住するユーザー向けに、管理人室等の共用部分にサーバーを置き、テレビ放送を一括して受信、録画(一週間保存)し、ユーザー(一台当たり最大50戸程度)からのリクエストに応じて配信する集合住宅向けハードディスクビデオレコーダーシステム「選撮見録」を集合住宅向けに販売することの差止めの可否が問題となった事件で、大阪地判平成17.10.24判時1911号65頁[選撮見録]⁽¹⁰⁶⁾は、ほぼ必然的に権利侵害の結果が生じる反面、直接侵害を排除、予防することが非常に困難である行為は、直接の著作隣接権侵害行為と同視できるということを理由に、著作権法112条1項の類推解釈として、直接侵害行為以外の行為の差止めを認める帰結を導いているとして、侵害行為に必然的に結びつく行為に対しては、幫助行為であっても著作権者はその差止めを請求しようと帰結している。

たしかに、装置の提供が侵害行為に結びつくものであるところ、侵害用

途に供されることのみを取り出して、非侵害用途に影響を与えることなく、侵害行為のみを回避することが容易な場合には、そのような装置の提供行為に対する差止めを認めても、適法行為が抑止されるとまではいえず、逆に侵害行為の抑止につながるものであるから、当該著作物の利用行為を著作権の侵害行為と評価している著作権法の趣旨に鑑み、立法を待つことなく、差止請求を認めてよいように思われる⁽¹⁰⁷⁾。とはいうものの、こうした判断をなした裁判例は、いまだ前記2件に止まっており、主流を占めるにはいたっていない(否定説として、東京地判平成16.3.11判時1893号131頁[ファンブック罪に濡れたふたり]。大阪高判平成19.6.14平成17(ネ)3258[選撮見録2審]も、カラオケ法理を用いる論法に回帰している)⁽¹⁰⁸⁾。そのような状況の下では、Yの立場にある者に対して差止めを認めるためには、やはり前掲最判[ナイトパブG7]型の法理ではなく、前掲最判[クラブ・キャッツアイ]型の法理に依拠する必要性を裁判所に感得させる契機となる⁽¹⁰⁹⁾。

iii) システム提供型

さて、以上、人的行為支配型(第一類型)、物的手段提供型(第二類型)の2類型に分けて事案を説明したが、両者は截然と分かれたるものではなく交錯して用いられており、しかも、裁判例においてはどちらかというところ前者、とくにカラオケ法理が好まれていることに留意しなければならない。

そのような傾向が生じる理由の一端は、著作物の直接の利用行為者にサービスを提供しているために物的手段提供型に位置づけることができる事案類型であっても、そのようなサービスが行為者に与える影響の仕方次第では、直接の利用行為者の行為を何らかの形でコントロールしていると評価しようと思えばできなくもない事案があるということに起因している。そして、すでに指摘したように、第二類型の物的手段提供型として前掲最判[ナイトパブG7]の論法で対処しようとする、直接の利用者のところで私的複製や非営利使用が成立して侵害が否定されてしまいかねないという事情であるとか、(一部の裁判例を除き)差止請求を認めることが困難であるという事情があるために、提供されるサービス等の行為者への関与の度合いに着目して、少々無理を冒してでも、第一類型の人的行為支配型に用いられる前掲最判[クラブ・キャッツアイ]の法理が持ち出されることになる。ただし、そうはいつても、元来は第二類型の物的手段提供型に属する類型であるがために、利用者の行為を「管理」しているとは

いいがたいものがあることは否めないで、利用者に影響を与えるサービスや装置等のシステムを「管理」していることをもって、カラオケ法理にいう「管理」要件に等値することになる。第三の類型であるシステム提供型の登場である⁽¹¹⁰⁾。

その嚆矢となったのは、東京地決平成14.4.11判時1780号25頁[ファイルログ著作権仮処分]、東京地判平成15.1.29判時1810号29頁[同中間判決]⁽¹¹¹⁾である⁽¹¹²⁾(同一のサービスによる著作隣接権侵害に関する東京地決平成14.4.9判時1780号25頁[ファイルログ著作権仮処分]、東京地判平成15.1.29平成14(ワ)4249[同中間判決]も同旨)。

しかし、その控訴審である東京高判平成17.3.31平成16(ネ)405号[ファイルログ著作権本案2審]は、カラオケ法理の2要件を本件に適用する立場を堅持しつつも、当該物的装置等の特性として侵害に特化したものであるか否かという、元来、第二類型で必要とされる衡量を混入させている⁽¹¹³⁾。

そして、一応、説示としては要求した管理性要件の具体的な当てはめにおいても、「本件サービスはファイル交換を促進する各種機能を有しており、また、その旨の説明もなされており、くわえて、本件サービスの検索機能はファイルの拡張子のほかは各クライアント機の共有フォルダ内のファイル、フォルダの名称のみを対象とするものであって、文書ファイルではなく楽曲に係るファイルの検索に適していること等が斟酌されて、本件サービスはファイル交換、なかでも、MP3ファイルの送受信に適したものであり、市販のCD等の複製に係るMP3ファイルの送受信を惹起するという具体的かつ現実的な蓋然性を有する、と認定されている。そのうえで、「控訴人会社は、ファイルの交換に必要な機能を有する本件サービスを一体的に提供しており、本件サービスは、市販のCD等の複製に係るMP3ファイルの送受信に適し、それを具体的かつ現実的な蓋然性をもって誘発するものであって、控訴人会社も本件サービスがそのように利用されることを予想していたものといえることができるから、控訴人会社としては、MP3ファイルに限っては、著作権を侵害するものを除去するよう監視し、必要な措置を講ずべき立場にあるといえるべきである(侵害の結果の発生を100パーセントは防止することができないとしても、部分的にせよ著作権を侵害するMP3ファイルの交換を阻止できるならば、そのような措置を講ずべきことは当然である)」と説いている。ここでは、提供している物的装

置等(サービス)の特性として、問題とされている著作物の利用に特化した装置等であるか否かということが考慮されている(東京高判平成17.3.31平成16(ネ)446[同著作隣接権本案2審]も同旨を説く)。

その後の裁判例でも、集合住宅において放送番組を一括録画し集合住宅の居住者向けに公衆送信する装置の販売の差止めが問題となった事件で、前掲大阪高判[選掲見録2審]は、カラオケ法理ひいてはシステム提供型の法理に基づいて装置販売業者の利用行為主体性を是認しつつ、著作権に基づく請求に関しては、放送事業者(関西地区の民法5社)である原告らが全ての放送番組について著作権を有しているわけではない以上、当該装置の販売の差止めを認めると、著作権を有しない放送番組に関する差止めを認めることになり過大となる旨を説く(放送事業者が放送するだけで権利を取得する著作隣接権に基づく請求に限り差止請求を認容した)。

こうした現象は、このシステム提供型という類型が、人に対する支配に着目する第一類型のカラオケ法理ではなく、物的な手段に着目する第二類型で処理すべきものであることの徴表の一つであるように思われる。最近では、明示的にもカラオケ法理を用いない裁判例も現れている(東京地判平成19.5.25平成18(ワ)10166[MYUTA])。この判決は差止請求権不存在確認訴訟に係るものであるが、被告JASRACが、その管理する楽曲に基づいて、原告が提供する携帯電話への楽曲データを送信するサービスに対する差止めを請求する権利を有することを確認する際に、本件のデータの複製、送信が、本件サービスにとって不可欠のプロセスであることを、原告の行為主体性を肯定する方向に斟酌している。

ともあれ、このシステム提供型に分類しうる裁判例では、説示としては第一類型のカラオケ法理を援用しつつ、物理的には私人Aの指示を端緒として直接の著作物の利用行為が行われている場合でも、そのような私人等の行為を大量にかつ組織的に利用する装置等とサービス(両者合わせてシステムとなる)を提供する主体Yが別途存在する場合には、Yを直接の著作物の利用行為主体と評価して、著作権の直接侵害の責任が課されることになる。それぞれの事案で総合衡量が行われているが、一般的な傾向を述べておこう。

送信行為に供されるロケーション・フリー・テレビがYの事務所内に存置されているとしても、当該テレビ自体は市販品を私人Aが調達しYに送

付したものであって、その所有権もAに帰属し、かつ、Aが所有するロケーション・フリー・テレビからはAの選択したパソコン等のみに送信されるに止まり、特別のソフトウェアや認証手続きも設けられていない場合には、送信の直接の行為主体はYではなくAとなる(放送事業者が有する著作隣接権侵害の成否が問題となった事件で、東京地決平成18.8.4判時1945号95頁[まねきTV]、知財高決平成18.12.22平成18(ラ)10012[同抗告審])⁽¹¹⁴⁾。この場合、当該サービスを利用しなくともAは市販品を用いて所定の環境下で放送を視聴することができるという事情であるとか、特別のソフトウェアや認証手続きが用いられていないという事情は、行為者をAと判断する方向に斟酌される(前掲東京地決[まねきTV])。

他方で、利用行為に供される装置等をYが管理しており、必要となるソフトウェアもYが提供しているという事情は、行為主体をAではなくYと認める方向に斟酌される。たとえば、テレビチューナー付きパソコンと附属機器類やソフトウェアなど録画システムはYが調達し自身の事務所内に設置して管理しているとともに、Aがなす指示に従って録画や送信がなされるようにするソフトウェアもYが提供したものであった場合には、行為主体はYとなる(著作隣接権の侵害の成否が問題となった事件で、東京地決平成16.10.7判時1895号120頁[録画ネット]、東京地決平成17.5.31平成16(モ)15793[同仮処分異義]、知財高決平成17.11.15平成17年(ラ)10007[同抗告審])⁽¹¹⁵⁾、類似の事案で、著作権、著作隣接権侵害を肯定した判決として、東京地決平成19.3.30平成18(ヨ)22046[ロクラク]⁽¹¹⁶⁾。利用行為(楽曲の音源データのストレージとAの携帯電話へのデータの送信)に供されるサーバーをYが管理しており、必要なソフトウェアもYが設計したものであって、一般的には私人がなすことが困難なCD等の音源データを携帯電話へと複製する作業をYのサービスが可能としているという場合には、Yが行為主体と認められる(前掲東京地判[MYUTA])⁽¹¹⁷⁾。

カラオケ法理を活用するシステム提供型で、著作物の直接の利用行為と最も距離のある行為について直接の行為主体と認めたのが、集合住宅において放送番組を一括録画し集合住宅の居住者向けに公衆送信するサーバー装置を販売するYに対する差止めを許容した、前掲大阪高判[選撮見録2審]である(著作権に対する差止請求は別の理由により棄却しているが、著作隣接権に基づく差止請求は認容している)。原審は、直接の行為主体と

認めることを否定しつつ、幫助行為に対する差止めを認容するという少数説に立脚して請求を認容していたのだが(前掲大阪地判[選撮見録])、高等裁判所は、Yは装置の販売により、使用者Aの複製の過程を技術的に決定支配しているとともに⁽¹¹⁸⁾、販売後も安定的運用のために、当該サーバー装置をインターネットに接続し、リモート・コントロールにより保守管理を行っていること、販売や保守業務等により利益を得ていることを理由に、行為主体をYと認めている。かといって、個々のAの録画自体をYが停止しえないことは裁判所も認めており(つまりYはAの録画行為を支配管理していないことを意味していると思われるのだが)、ゆえに録画の差止めではなく、装置の販売の差止めの限度で請求を認容したのである⁽¹¹⁹⁾。これは、まさに、システム提供型において、カラオケ法理、中でも管理要件が形骸化しうる可能性があることを示している⁽¹²⁰⁾。

以上、概括すると、Aの立場にある利用者1人毎に装置を1台割り当てているとしても、その設置場所がYの管理する場所に置かれているのみならず、装置の調達は一括してYが行っており、その利用に必要なソフトウェアもYが提供している場合には、利用行為の主体はAではなくYと目されやすい。他方で、この場合、利用に供される装置が市販品でありAが調達しており、その所有権がAに帰属すると評価するという事情はYではなく、Aが行為主体であると評価される方向に斟酌される、というところであろうか⁽¹²¹⁾。

結局、Yの行為主体性を阻却するのに十分ではなく、Yの関与により組織的に斉一化された利用行為が行われる場合(これが「システム」として組織的かつ一体に行われる場合などといわれることの実質である)、なかんずくYが関与しなければ私人Aによってはなしえない利用行為が行われる場合には、Yが行為主体と認められ易く、逆に、Yの関与によっても非組織的に、非斉一的に(たとえば、逐一、市販の装置を購入してYに送付するなど非効率的に)利用行為が行われるに止まる場合には、行為主体はなお私人Aがなしていると認められ易いということになる。

このシステム提供型な類型の意義には、直接の利用行為主体をAではなくYとすることで、一部の裁判例を除けば認められにくい幫助型の行為に対する差止請求権を付与するということと、行為主体が私人Aと認められてしまうと私的複製や非営利使用等の著作権の制限規定が適用される

結果、著作権侵害が否定されることもありうる局面で、行為者をYと観念することにより著作権侵害を肯定するということの二つがある。

このうち、前者は、本稿のようにそもそも幫助型の行為に関しても、侵害行為に結びついており、かつ侵害を回避することが容易である場合に限って例外的に侵害に供される装置等に対する差止請求を認めるべきであると考えられる場合には説明の相違に止まる。しかし、後者は、著作権侵害ではないかもしれないものを著作権侵害に転化するということを意味するから、ことは重大である⁽¹²²⁾。

かりに著作権が、物理的には自由になしうる著作物の利用行為に対して人工的に設定された禁止権であって、人の自由を制約する特権(privilege)なのだとする⁽¹²³⁾、その積極的な根拠は、創作等に対するインセンティブを与えることにより社会的厚生という名の効率性を改善する可能性があるということに求めることになる⁽¹²⁴⁾。しかし、厚生ないし効率性は多義的であり、その効果を測定することが困難である以上⁽¹²⁵⁾、特定の政策を採用することの正当性はそれが厚生を改善するからだという形で帰結主義的に説明することは困難であり、むしろ、そのような利用行為を禁止することにした民主的な決定がなされたというプロセスにその正当化根拠性を求めなければならないだろう⁽¹²⁶⁾。録音録画装置など、著作物の利用行為に供される装置を如何に規律するのかということは、立法で決めることがらであろう。現に、デジタルの録音録画機器と媒体に課金する私的録音録画補償金制度⁽¹²⁷⁾の創設は立法によってなされているのである。

そうだとすると、法が規制している行為、換言すれば著作権に抵触しており、かつ著作権の制限の恩恵を享受しえない行為が行われているか否かということは、著作権侵害の成否を決する核心に当たる⁽¹²⁸⁾。立法を待つことなく適法な行為が抑止されることを防ぐためには、著作権侵害が行われていることを確定したのちに⁽¹²⁹⁾、当該侵害行為との関係で、侵害行為に結びついており、かつ非侵害用途に影響を与えることなく侵害のみを回避することが容易である場合に限って例外的に侵害に供される装置等に対する差止請求を認めるべきであると考えられる⁽¹³⁰⁾。それを、著作権侵害行為が行われているか否かを十分に確定することなく、本来は第二類型の問題である装置等の管理を梃子として、本来は第一類型の問題である人的支配を擬制するところにシステム提供型の法理の危険性があるように思わ

れる。第一類型においてはあくまでも人的支配に着目しておき⁽¹³¹⁾、そのうえで、第二類型を用いるという方策ではシステムによって私的行為や非営利行為を誘発する行為を著作権侵害行為に転換することができないという問題点に対する対処はあくまでも立法に期待するという方策をとることが、利用行為の安易な拡張を防ぐ安全弁となるのではないかと⁽¹³²⁾、というのが本稿の立場である⁽¹³³⁾。

3) プロバイダー関連の裁判例

プロバイダーに関しては、プロバイダーと目されるYが、前述したカラオケ法理ないしはシステム提供型の法理の下で行為主体と目される場合には、それによって著作権侵害の責任を負う、とされている(東京地決平成14.4.11判時1780号25頁[ファイルログ著作権仮処分]、東京地判平成15.1.29判時1810号29頁[同中間判決]、東京地判平成19.5.25平成18(ワ)10166[MYUTA]、著作隣接権に関し、東京地決平成14.4.9判時1780号25頁[ファイルログ著作隣接権仮処分]、東京地判平成15.1.29平成14(ワ)4249[同中間判決])。

カラオケ法理やシステム提供型法理を用いるか否かということはさておき、問題は、単にユーザーがウェブサイトを掲示することができるよう、ファイルを蓄積するサーバーを提供しているに止まるプロバイダーまでもが、当該サイトにユーザーが著作権侵害を組成しうるファイルを掲載した際に、当該著作権侵害の行為主体と認定しうるのか、ということである。この問題は、アメリカ合衆国と同様、当該サイトがBBSであった場合に、第三者の著作権を侵害する投稿がなされたBBSを管理する者が著作権侵害の責任を負うことになるのかという論点と一括りにして論じられている⁽¹³⁴⁾。後述するプロバイダー責任制限法には損害賠償請求に関して所定の条件の下でプロバイダーを免責する条項はあるが、差止請求に関しては特に定めを置いていないので、著作権法独自の解釈が必要とされることに変わりはない。

裁判例では、Yがサーバーの管理者であるということだけを理由に、Yを行為主体とみるものはない⁽¹³⁵⁾。

むしろ、有力なのは、ただ著作権侵害を組成するファイルが自己が管理するサーバー等に蓄積されていたというだけでは行為主体性を肯定する

ことはできないが、相当程度これを放置していると、態様によっては、その不作為を利用行為と同視して行為主体性を肯定するという論法である。

嚙矢となったのは、BBSに関する東京地判平成16.3.11判時1893号131頁[ファンブック罪に濡れたふたり]である。書籍に掲載された対談が、被告が運営するインターネット上の電子掲示板「2ちゃんねる」に Posting されたという事件で、被告を送信可能化、公衆送信の主体とはみなかった判決である。「発言者からの削除要請があるにもかかわらず、ことさら電子掲示板の設置者が、この要請を拒絶して書き込みを放置していたような場合には、電子掲示板の設置者自身が著作権侵害の主体と観念されて、電子掲示板の設置者に対して差止請求を行うことが許容される場合もあり得よう」との抽象論を展開するが、本件はこれに当たらないという。

ちなみに、プロバイダー責任制限法3条2項は発信者に対してプロバイダーを免責する条件を定めている。不当な権利侵害があると信じるに足りる相当の理由がある場合(3条2項1号)、または送信防止措置を講じることがを求める所定の侵害警告があり、それについて問題となっている情報の発信者に意見照会をなして7日以内に不同意の申し出がなかった場合には、プロバイダーが送信防止措置を講じたとしても発信者に対する損害賠償責任が発生することはないとする(3条2項2号)。裁判所は、この規定がプロバイダーの送信防止義務を定めるものではないことを前提としつつ、本件では発信者に対する損害賠償責任が免責されるものではないということを検討すべきである旨を説き、結論として、差止請求権を否定している。

プロバイダー責任制限法の発信者に対する免責規定の適用がない状況下で、かりに著作権者からの差止請求権の行使を認めてしまった場合、プロバイダーが差止請求に服して素材を削除等すると、発信者から損害賠償責任を追求されることになりかねない。かかる板挟みからプロバイダーを解放するべきである、という発想が本判決の判断を支えているのだろう⁽¹³⁶⁾。

ところで、本件では損害賠償も請求されていた。そして、プロバイダー責任制限法3条1項は、権利者からの損害賠償請求に対してプロバイダーを免責する条項を置いている。そこでは、技術的に送信を防止する措置を講じることが可能な場合であって、かつ、権利が侵害されていることを知っていたか、問題の情報の流通を知っていた場合であって、さらに権利侵

害を知ることができた相当な理由がある場合でなければ、プロバイダー等は権利者に対する損害賠償責任を負わない、とされている。この事件では、権利者の従業員から電子メールによる侵害警告もなされているのであるが、裁判所は、それが真正な著作権者からのものであるか不明である等の理由により、これでは被告が権利侵害の事実を知っていたということではできず(プロバイダー責任制限法3条1項1号)、権利侵害の事実を知ることができたとも認められない(3条1項2号)ということを経酌して、本件では原告主張にかかる条項上の作為義務が被告に発生することもないと論じ、損害賠償責任を否定している。

その控訴審である東京高判平成17.3.3判時1893号126頁[ファンブック罪に濡れたふたり2審]は、侵害行為の放置の態様、著作権者の申し入れの態様、さらには発言者の対応いかんによっては、その放置自体が著作権侵害行為と評価すべき場合もあるとの抽象論を展開している。そして、具体的に、本件の著作権侵害は、本件各発言の記載自体から極めて容易に認識し得た態様のものであると評価して、損害賠償、差止請求を認容している。著作権侵害の事実の指摘を受けた場合には、「可能ならば」という限定つきながら、発言者(著作権侵害を働いた可能性のある者)に対してその点に関する照会をし、さらに、著作権侵害が極めて明白な場合には当該発言をただちに削除するなど、速やかに対処すべきであるというのである。

しかし、一般論をいえば、大量に投稿がある掲示板の運営者に、著作権侵害の疑いがあるというだけで、権利関係の資料等の調査義務を課すことは、場合によっては不可能を強いることになりかねない。控訴審判決のように、著作権侵害の事実の指摘を受けただけで、発言者に照会をするなどの積極的な行為義務を課す場合には、権利侵害を知っていたか、もしくは権利侵害を知ることができた相当な理由があるものでなければ、プロバイダーは損害賠償責任を負担することはないと規定するプロバイダー責任制限法3条1項の趣旨が没却されてしまうように思われる。情報の流通を知っていることを責任発生要件としているところからも、同法はプロバイダーに対して調査義務を課さないことを前提にしているように思われるからである⁽¹³⁷⁾。

ともあれ、裁判例では、いまのところ、サーバー管理者というだけで直ちに行為主体性を認めるわけではないが、相当程度侵害行為を放置すると、

直接の利用行為者と同視するという考え方が有力となっているといえる⁽¹³⁸⁾。

たしかに、人的行為支配型なりシステム提供型なりの法理の適用がないかぎり、複製や送信可能化に関しては、投稿者の行為をサーバーの管理者の行為と同旨することには難があるろう。また、少なくとも送信可能化に関しては、物理的な最終接続行為に焦点を当てて送信可能化を定義している著作権法2条1項9号の5の書き振りに鑑みれば、送信可能化の主体はアップロードしたりポストイングをしたユーザー本人であって、プロバイダーやBBSの管理者を行為主体とみることは難があるのかもしれない⁽¹³⁹⁾。しかし、サーバーの管理者であれば、少なくともその後の公衆送信の侵害に関しては、直接の行為主体とみてよいのではなかろうか⁽¹⁴⁰⁾。つまり、この場合、プロバイダーは他人の行為を管理支配しているとか(2)i)、他人の侵害行為に必要な手段を提供しているとか(2)ii)、はたまた、他人の行為を誘導するシステムを提供している(2)iii))という理由によって責任を負うのではなく、端的に自身の行為によって責任を負うと考えるのである。

これに対して、学説のなかには、プロバイダー等に著作権侵害の責任を負わせることは酷であるという判断に立って、著作権侵害の主体はプロバイダー等ではなくホーム・ページのファイルを送信したユーザーであるという見解が提唱されている⁽¹⁴¹⁾。しかし、著作権侵害があることが明らかとなったのであれば、少なくとも問題のファイルが置かれているサーバーを管理するプロバイダー等に関しては、差止めに関する義務を認めるべきである⁽¹⁴²⁾⁽¹⁴³⁾。

このように解しても、故意ないし過失がなければプロバイダーは損害賠償責任を負うことはなく、不当利得返還請求に関しても、相当な対価額や現存利益のところで金額を調整することは不可能ではない。また、プロバイダーがプロバイダー責任制限法にいう「特定電気通信役務提供者」に該当する場合には、前述したように、所定の条件の下、損害賠償責任を免じられる。金銭的な負担からプロバイダーを解放しようとするプロバイダー責任制限法の趣旨に鑑みれば、利用権限を収奪したことをもって規範的に利得があると観念するために、有体物もしくは金銭の現実の移転があったことを要求しない侵害利得の類型に関しては⁽¹⁴⁴⁾、損害賠償と同様に考え、プロバイダー責任制限法3条1項が適用ないし類推適用されると見るべき

であろう。

また、差止請求に関しても、差止義務を履行するために事前にファイルをスクリーニングする必要が生じてしまい、情報の流通を知っていた場合に限り、損害賠償責任を負担するとすることで、プロバイダーを侵害の可否の調査義務から解放しようとするプロバイダー責任制限法3条1項の趣旨に鑑み、URLなどでファイルの所在を特定する形式の差止判決のみが許されると考えるべきであろう⁽¹⁴⁵⁾。

4) 検索サイトに対する当てはめ

以上の理を検索サイトに当てはめるとどうなるか。

カラオケ法理やシステム提供型の法理は、物理的に直接、著作物を利用している者が別途存在することを前提にしてこれに関与した者の主体性を問う法理である。これに対して、検索サイトにおけるキャッシングは、検索ロボットを活用して検索サイトが集積したものであり、キャッシュ表示、サムネイル表示や、動画による検索結果の表示も、集積したサーバー内にキャッシュしたファイルを解析し、適宜、加工したうえで、その結果を表示している。自己のサーバーから問題の素材が送信されている点では前述したプロバイダーと選ぶところはないが、検索サイトはさらに自ら加工したコンテンツを提供しているのである。しかも、検索対象とされたウェブサイトの管理者は、検索サイトの対象となることを望んでいたり、少なくとも覚悟している場合が少なくないであろうが、特定の検索サイトに対する選好を示すメタ・タグを置いているのでない限り、多数ある検索サイトのうちどのサイトに表示されるのかということを決めているわけではない。しかも、いったんキャッシングされてしまえば、ウェブサイトのほうで当該素材を削除したところで、それと連動して検索サイトに蓄積されたキャッシングや検索結果表示が消えるわけでもない。

これらの事情は、通常のプロバイダーにもまして、検索サイトの行為主体性を肯定する方向に斟酌されるように思われる。キャッシングや検索結果表示について物理的に直接、著作物を利用しているのは、検索の対象となるサイトの管理者ではなくて、検索サイトであると評価すべきであろう。そうだとすると、カラオケ法理やシステム提供型の法理に依拠するまでもなく、検索サイトが複製、送信可能化、公衆送信の主体であると判断すべ

きであるということになる。

もちろん、検索サイトが検索の対象としているインターネット上のファイルは無数あり、そのなかには一定の割合で著作権を侵害して作成されたファイルも存在するのだから、そうしたファイルについてキャッシングしたり、検索結果を表示する行為について検索サイトを直接の行為主体と考えることは、侵害を回避する可能性がないにもかかわらず責任を問う点で、難きを強いるものであるという批判があるかもしれない。

しかし、検索サイトを直接の利用行為の主体と観念したところで、それは直ちに検索サイトが責任を負うことを意味しない。次に述べる黙示的承諾や引用等の法理により侵害を否定しうる場合も少なくないと思われる。侵害を否定しえない、あるいは否定すべきではない場合でも差止めの範囲を工夫したり、過失を否定するなどの方策により、検索サイトに過大な負担を課さないようにすることは不可能ではないように思われる。

逆に、著作権者等の救済のために、差止めを認めることが必要な場合もあるように思われる。後述するように、黙示の承諾が認められたり、サムネイルや動画などの検索結果の表示が引用の要件を満足する場合には、そもそも著作権侵害が否定されるが、たとえば、著作権を侵害するファイルがそのままの形でキャッシュ表示されていることにより、多数のユーザーがダウンロードしうるために、著作権者が被る経済的な不利益が継続的に拡大している場合も考えられる。キャッシングをどの程度の期間、サーバーに蓄積したままとするかということとは各検索サイトの判断次第であるから、たとえば相当長期間蓄積し表示する状態になっているとすれば、検索サイトを直接の公衆送信の主体とみて、問題のファイルのキャッシングから抹消すること等を求める請求を権利者に認める必要性はけっして小さなものではないように思われる。結論として、著作権者に差止請求を認めるべき場合がないとはいえない以上、ひとまず入り口としては検索サイトを直接の行為主体と認めておいてよいのではないかとと思われる。

以上に対して、イン・ライン・リンクに関しては、もともとリンク先がインターネットにアップしたものであり、検索サイトは自己のサーバーに蓄積したファイルを表示しているわけではなく、リンク先のページからユーザーのブラウザに素材が送信されるよう誘導しているに過ぎない。それがゆえにリンク先のサイトのほうで当該素材が削除されてしまえば、イ

ン・ライン・リンクによっても当該ページやファイルを掲示することはできなくなる。ゆえに、リンクを貼付するだけでは、原則として、直接の利用行為の主体にはならないと解すべきであろう⁽¹⁴⁶⁾。権利者の救済としても、リンク先に対する差止請求に成功すれば、問題のファイルを抹消することができるのだから(この点がキャッシングと異なる)、それで救済としては十分であるという場合が多いであろう。

もっとも、ユーザーがリンクを貼付しているとは気付かず、直接、検索サイトから送信されていると誤解しかねない態様でリンクが貼られている場合には別論となる。自己のサーバーに蓄積されている素材を送信しているのと、ユーザーの視聴覚に訴える効果として選ぶところがなく、利用行為主体性を否定してしまうと、脱法的な行為を誘発しかねないからである⁽¹⁴⁷⁾。

結論として、リンクに関しては、原則として、検索サイトが利用行為の主体となることはないが、例外的に、ユーザーが送信元を誤認するような態様でリンクを貼る場合には行為主体性が肯定される場合もあると考える(第1章3 3)ii)で紹介した統合基準)。その判断の際には、誤解を防ぐためのディスクレマーなどの表示が勘案されるというべきであろう。

誤導的であるがために行為主体であると判断され、著作権あるいは著作者人格権侵害が肯定される場合、そのような誤解を生むような貼付を止めれば済む話であり、そのようなリンクの停止によってユーザーの混同も防ぐことができる。ゆえに、誤導的なリンクに関しては、免責の必要もないと考えるので、以下では検討を省略する。

4 黙示的承諾

ここまでの考察の結論を小括しておく、検索サイトは、キャッシングやキャッシュ表示、検索結果表示をなすことにより、他人の著作物を複製、送信可能化、公衆送信したと評価されざるをえない場合があるということである。ゆえに、検索サイトをして、著作権侵害の呪縛から解き放つためには、一般的に侵害を阻却する法理が存在することが必要である。その一つの候補が黙示的承諾である。

ところで、検索サイトは、検索ロボットを用いてインターネットを徘徊

させて大量のウェブ・ページを自らが管理するサーバーにキャッシングし、ユーザーからの検索に対応するようデータベースを構築している。もっとも、検索をしてほしくないとか、キャッシング表示や検索結果を表示して欲しくないと考えるウェブサイトの管理者のために、前述したように(第1章2 1))、検索ロボットに対してキャッシングやキャッシュ表示、検索結果表示を避けるよう指示するメタ・タグやファイル等の標準のプロトコールが存在している。したがって、検索サイトがこのプロトコールを遵守してさえいれば、ウェブサイトの管理者は所定のメタ・タグ等をサイトに置いておくことにより、検索ロボットに自らの意思を伝達することが可能となり、もってキャッシング等を避けることができることになる。

もちろん、サイトの管理者がこうしたメタ・タグ等によって自己の意思を表示しておいてくれれば、検索サイトとしてもプロトコールに従ってキャッシングや結果表示を回避するので、著作権侵害の嫌疑がかかることもない。ここでの問題は、ウェブサイトの管理者がこうした標準のプロトコールを使用しなかったことをもって黙示的な承諾を推認できるか、ということである。

この場合、かりにサイトの管理者が標準のプロトコールを知らなかったとすれば、プロトコールを使用しなかったことをもって、キャッシングや検索結果表示等の承諾の意思を推認することは困難であろう。知らなかったものに承諾の意思ありとするわけにはいかないからである。しかし、黙示の承諾の法理が、意思の推認の問題ではなく、反対の意思表示をしない限り適用されるデフォルト・ルールの問題なのだとなれば、話は変わる。デフォルト・ルールだとすれば、逆に明示の反対の意思表示がないかぎり、承諾ありとするルールが適用されるからである。

黙示の承諾の法理をこうしたデフォルト・ルールとして構成することは奇異に思われる向きがあるかもしれないが、すでに知財の世界には先例がある。日本の特許権者が同一の発明につきドイツでも特許権を有していたところ、同特許権者がドイツで製造、販売した商品が日本に並行輸入されたという事件で、最判平成9.7.1民集51巻6号2299頁[BBS特許上告審]⁽¹⁴⁸⁾は、国際的消尽を否定しつつ、現代の国際取引社会においては製品が流通して国内に流入することになることを覚悟しなければならないということを経由に、特許製品の譲受人との間で日本に並行輸入しない旨の合意を

なし、それを特許製品に明確に表示した場合を除いて、並行輸入品に対して、特許権を行使することは許されないと判示している。ただし、「特許製品を国外において譲渡した場合に、その後当該製品が我が国に輸入されることが当然に予想されることに照らせば、特許権者が留保を付さないまま特許製品を国外において譲渡した場合には、譲受人及びその後の転得者に対して、我が国において譲渡人の有する特許権の制限を受けずに当該製品を支配する権利を黙示的に授与したものと解すべきである」というのである。しかし、特許権者の内心の意思はどうあれ、反対の合意を表示しない限り、特許権を行使しえなくなるというのであるから、黙示的に授与といっても、それは黙示的な意思の推認ではなく、明示の反対の意思表示をしない限り適用されるデフォルト・ルールである。

同最判の論理に対しては、国際的な特許制度の趣旨に鑑みれば疑問の残るところであるが、その点の検討は別稿に譲る⁽¹⁴⁹⁾。本稿にとって肝要なことは、現代の国際取引社会において特許製品を外国で譲渡した特許権者が、製品が流通して国内に流入することを覚悟しなければならないのであれば、現代のインターネット社会において著作物をウェブサイトにアップした著作権者は、検索サイトが当該ページを検索してくることは当然、覚悟しなければならないといってもおかしくないように思われるということである。

デフォルト・ルールを設定する際には、著作権者の意思を推認するのではなく、検索サイトと著作権者のどちらに積極的な行動をなさせるべきかという枠組みで判断することになる。検索ロボットの動作を制御する標準のプロトコールを使用してもらわない限り、検索サイトにとって、大量のウェブサイトに関して、逐一、承諾の有無を探索することは困難である。他方で、ウェブサイトを管理する者にとっては、標準となっているプロトコールの存在は容易に知りうるはずであり、また一挙手一投足でこれをサイトに埋めることができるはずである。しかも、おそらく現実にはネット上で著作物を公開している大半の著作権者が、自己の著作物に対するアクセスが増えることを希望しており、ゆえに検索サイトによって検索結果が表示されることに反対しないのではないかとと思われる。そうだとすると、積極的な行動は、標準プロトコールに従った意思表示という形で著作権者になさしめたほうが効率的であることは明らかであり、そのように処理し

たとしても著作権者は簡便に意思表示をなす機会を与えられている以上、その利益を不当に害するとまで判断する必要はないであろう。

もっとも、かかる意味での黙示的承諾の法理を活用するにしても、検索の対象となっているサイトを開設したりポスティングしたりするなど、自ら著作物を当該サイトにアップロードした著作権者に適用することは肯定されることになるが、問題は、その外縁をどこまで広げることができるのかということである。

著作権者が業界標準のプロトコルを用いた反対の意思表示をなしていないサイトへのアップロードを許諾している場合にも、検索サイトに利用されることを覚悟していることのほうが多いと思われる。検索されたくない、表示されたくないという著作権者は、業界標準プロトコルに従った意思表示をしてくれないサイトに対しては、自己の著作物のアップロードを許諾しなければよい。他方、検索サイトにとっては反対の意思表示を確認することが困難であることに変わりはない。以上の事情に鑑みれば、この場合を、著作権者自身がアップロードをなしている場合と区別する必要はないように考えられる。

しかし、著作権者自身かその許諾を受けた者が著作物をアップロードしたわけではない場合には、著作権者には、標準プロトコルを用いて簡便に反対の意思表示をなす機会を与えられていないのであるから、デフォルト・ルール適用を正当化することは困難である。同様に、著作権者自身かその許諾を受けた者が、ネット上にアップロードした著作物であっても、他の者が許諾を受けることなく、別のサイトに当該著作物をアップロードした場合にも、デフォルト・ルールとしての黙示的承諾の法理の適用は困難であろう。いずれの場合にも、検索結果が表示され、検索の対象となっているサイトに多数のユーザーが誘導されることになる場合、著作権者に生じうる経済的な不利益を著作権者が覚悟したとは言い難く、また、反対の意思表示を自らなすか、サイトの開設者になさしめる機会があったとも言い難いからである。

結論として、著作権者自身かその許諾を受けた者が公衆に送信している著作物に関しては、デフォルト・ルールとしての黙示的承諾理論を適用し、標準のプロトコルに従った意思表示をなさない限り、検索サイトがキャッシングをなし検索結果を表示する行為に対して黙示的に承諾したとみ

なされると考えるべきである。

他方で、この理は、そもそも著作権者に無断でアップロードされた著作物(著作権の制限規定の適用があれば格別、その多くは著作権者の著作権を侵害してアップロードされたものであろう)に関してまで妥当するものではない。大量の著作物と関わりあう検索サイトに免罪符を与えるためには、黙示的承諾法理には限界があるといわざるをえない。

なお、黙示の意思表示の撤回をどのような場合に認めるのかということも問題となる。たとえば、サイトに「検索結果を表示しないほしい」といった類の文章を置くだけで撤回を認めてしまうと、標準プロトコルに従った方式で意思表示をなすことを要求したデフォルト・ルールの趣旨に悖る。ゆえに、標準プロトコルの方式で撤回の意思表示をなすことを推奨すべきではあるが、いずれにせよ、そもそも送信元のサイトのところで無断で著作権侵害をされている権利者には、業界の標準プロトコル以外の手段により、権利行使の意思があることを検索サイトに警告することを認めざるを得ないのだから、権利侵害があると信じるに足りる「相当な理由」(プロバイダー責任制限法3条1項2号参照)を示した警告により、黙示的承諾の撤回の意思表示をなしうることも認めてよいように思われる。

(72) 田村・前掲注(63)58~107頁。

(73) 論理的には、元のページの該当部分と、スニペットの部分と比較して、後者が前者と類似しているか、つまり前者の創作的表現を後者が再生しているかということが問題となるので、その意味で類似性の要件の一態様と評価することができる。

もっとも、第一に、スニペットは一部抜粋とはいえ、抜粋部分はデッド・コピーにはほかならないので、結局、創作的表現を再生しているかという問題は、(被)抜粋部分が創作的表現、すなわち著作物といえるのかということに尽きることになる。

第二に、いわゆる濾過テスト(田村・前掲注(63)48頁)を用いた場合、元のページの被抜粋部分とスニペットの抜粋部分と比較して共通している部分、すなわち(被)抜粋部分を炙りだし、そこが創作的表現すなわち著作物といえるのかということ問うことになる。

したがって、いずれの場合にも、本文で述べたように、(被)抜粋部分のみで著作物たりうるのかということが問題だということになる。

(74) 田村・前掲注(63)15頁。

(75) 参照、田村・前掲注(63)15～22頁、上野達弘「著作物性(1)総論」法学教室319号(2007年)。

(76) 田村善之[判批]ジュリスト1091号(1997年)。

(77) なお、この事件の被告書籍の対応する箇所は、「鶴川駅 小田急小田原線の駅。小野路の資料館へ向かうバスが出る。新宿より準急三分、各駅停車四一分。特急は通過してしまうので注意。新百合が丘で準急が各駅停車に乗り換える。」

となっているところ、鶴川駅については侵害が肯定されている(ようである)が、他の多数のより明白な侵害肯定箇所とともに一括して侵害が肯定されており、先例的価値を重くみるべきではないだろう。

この他、古文の単語訳の記憶のための語呂合わせである「朝めざましに驚くばかり」(「あさまし」=「めざまし」)等に著作物性を認めた判決があるが(東京地判平成11.1.29判時1680号119頁[ゴロで覚える古文単語1審]、東京高判平成11.9.30判タ1018号259頁[同2審])、微妙な事例であり(2審は依拠を否定して非侵害としたので傍論)、少なくとも「頭打ちつげ突然の死。軽率なバイク事故」(「うちつけ」=「突然だ」「軽率だ」)にまで創作性を認めたことは疑問である(1、2審とも類似性なしとして侵害を否定したので傍論)。古文単語訳の連想法に用いることはアイディアに過ぎず、表現がありふれていることに変わりないからである。

また、「ボク安心 ママの膝より チャイルドシート」という交通標語に関し著作物性を肯定した判決もあるが、「ママの胸より チャイルドシート」とは類似しないと判断されたので、やはり傍論であり(東京地判平成13.5.30判時1752号141頁[交通安全スローガン1審])、さらに、控訴審では著作物性について明確な判断をなすことなく、かりに前者に創作性が認められるとしても、後者はその創作性の範囲内とはいえないとして侵害を否定している(東京高判平成13.10.30判時1773号127頁[交通安全スローガン2審])。

なお、参照、大阪地判平成7.3.28知裁集27巻1号210頁[カーテン用副資材商品カタログ](上飾り芯地の使用方法に関する60字程度の説明文の著作物性を否定)、高松高判平成8.4.26判タ926号207頁[腐敗への挑戦](手紙につき著作物性を否定)、東京地判平成10.10.30判時1674号132頁[小さな悪魔の窪み](多数の短文につき創作性を否定)、東京地判平成13.3.26判時1743号3頁[大地の子](同様の判決)、大阪地判平成17.3.17平成16(ワ)6804[ダスキオンブズマン](取締役会議事録等につき創作性を否定)、大阪高判平成17.10.25平成17(ネ)1300[同2審](原判決を維持)。

(78) もっとも、作花文雄「Googleの検索システムをめぐる法的紛争と制度上の課題(後編)」コピライト556号39・45頁(2007年)は、スニペットやネット・オークションを利用した絵画の公売の際に絵画の画像をネット上に掲載する行為について、「排他的権利の実質的な規範性が及ばないと解釈しうる可能性があり得る」と指摘

する。本稿のように著作権法32条1項の引用の法理を活用するまでもなく、侵害行為を否定する立論として注目される。

(79) 参照、田村善之「絵画のオークション・サイトへの画像掲載と著作権法」知財管理56巻9号1308～1310頁(2006年)。

(80) 田村善之[判批]法学協会雑誌119巻7号(2002年)。

(81) 田村・前掲注(63)58～59頁。

(82) 田村・前掲注(63)96～98頁。

(83) この事件のような付随的な映り込みに対して、逐一、著作権を行使させていたのでは、映像や写真の利用に相当の支障をもたらしかねない。その反面、映り込みを許容したところで、著作権の経済的価値に与える影響は無視しうる程度のものでしかなく、著作権侵害を否定した裁判例の結論は穏当なものといえよう(参照、飯村敏明「著作権侵害訴訟の実務」『著作権制度概説および音楽著作権』(2006年・明治大学法科大学院)211～212頁)。本判決のような論法が通用しない場合でも、後述する32条1項の引用に該当すると解したり、それこそ権利濫用の法理を活用する(紀田馨「『電子商取引及び情報取引等に関する準則』の概要」Law & Technology 35号59頁(2007年))などの方策により権利侵害を否定すべきである(田村/前掲注(71)127～128頁)。

(84) たとえば、著作権侵害が肯定された東京地判平成6.4.25判時1509号130頁[日本の城の基礎知識]の事案(図3が原告、図4が被告の絵画)を参照。

(85) もっとも、写真の著作物性をどこに見て取るのか、特に被写体の選択や配置に凝らした工夫を写真の著作物性の判断に入れて考え、類似判断の際にも考慮するのか、それともそれは被写体に関する著作物性や著作権の成否の問題として捉えて、写真の著作物から切り離して考えるのか(田村・前掲注(63)94～95頁、茶園成樹[判批]著作権研究25号216頁(1999年))、ということには争いがある。前者の立場をとった場合には類似性の範囲は広くなりえ(東京高判平成13.6.21判時1765号96頁[みずみずしいすいか2審])、後者の立場をとった場合には狭くなりうる(東京地判平成11.12.15判時1699号145頁[同1審])。

(86) 関連裁判例につき、参照、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年)、学説につき、参照、上野達弘「著作権法における『間接侵害』」ジュリスト1326号(2007年)、高部/前掲。

(87) 佐藤豊「著作物利用のための手段を提供する者に対する差止め」知的財産法政策学研究2号(2004年)。

(88) 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年)。

(89) 名称は異にするが、参照、佐藤/前掲注(87)82頁。「場所機会提供型」と命名する吉田/前掲注(88)146頁も参照。

(90) 公演の企画者につき、個々の演奏曲目の選定に関与しえないとしても、その企

画に基づいて演奏が行われ、利益を収めうる地位にある以上、演奏の主体といえるとした判決である。

(91) 実際に舞踊を演じたダンサーに限らず、当該公演を管理し利益を収受する者(公演の主催者)も上演の主体であり、著作権の侵害の主体となりうる旨を説くとともに、個々の演奏曲目の選定に関与しえないとしても、その企画に基づいて演奏が行われ、利益を収めうる地位にある以上、演奏の主体といえる、とした判決である。もっとも、この事件で著作権者が請求しているのは不法行為を理由とする損害賠償請求等に限定されている。ゆえに、主催者が直接、著作権侵害を働いていると評価しえなかったとしても、別途、ダンサーの著作権侵害行為を教唆ないし幫助したとして共同不法行為責任を問う。このように考えてくると、じつは本判決の先例的価値はそれほど高いものではない(田村善之[判批]齊藤博=半田正夫編『著作権判例百選』(第3版・2001年・有斐閣)130~131頁)。

(92) もちろん、前述した少数説に立脚し、幫助行為者に対しても差止請求をなすうると解する場合には、Yを直接の著作物の利用者に擬する意味に乏しいことになる。実際に、著作隣接権につき、大阪地判平成17.10.24判時1911号65頁[選撮見録]は、Yに該当する者について直接、複製ないし送信可能化をなしているとは認めなかったが、著作権法112条1項を類推するという法理を用いて、差止請求を認容している。

(93) 田村・前掲注(63)198・204頁。

(94) カラオケの場合には、テープの再生に合わせて客も歌唱するが、営利目的を欠く客に対して演奏権侵害を問うことはできない(著作権法38条1項)。かといって、店がなしているテープの再生に着目しようとする、1999年改正前は、附則14条より1999年改正前施行令附則3条に該当しないかぎり著作権の権利範囲外とされており、制定当時、未だ普及していなかったカラオケスナックを念頭に置いた規定が同条にはなかったという事情がある(詳しくは、田村・前掲注(63)149~153頁を参照)。

(95) 参照、田村・前掲注(63)149~153頁、井上由里子[判批]齊藤博=半田正夫編『著作権判例百選』(第2版・1994年・有斐閣)。

(96) この事件における差止請求に関しては上告が却下されており、最高裁の説示は損害賠償に関するものである(その取扱いの手続的当否とともに、高部/前掲注(86)115頁)。もっとも、だからといって、これを傍論とみる必要はない。直接、物理的に歌唱行為をなした者(客)は営利目的を欠いており、演奏権を侵害することはないから、カラオケスナックの経営者を演奏権侵害の主体と解さない限り、損害賠償が認められることはない。これが、楽団や劇団の演奏、上演行為が著作権侵害行為となるため、社交場の経営者をして演奏権侵害の主体とみなさなくても、損害賠償に関する限り、演奏等の共同不法行為者として損害賠償責任を問うことができる事件と根本的に異なるところである。

(97) 田村・前掲注(63)178頁、鎌田薫「民法理論からの検討」『寄与侵害・間接侵害

に関する研究』(2001年・著作権情報センター)53頁。前掲最判[クラブ・キャッツアイ]の説示も、およそ当該事件やカラオケにかかる事件を超えた一般論を定立するものとは読みがたいところがあり、むしろ事例判決であって(高部/前掲注(86)125頁、塩月秀平「著作権侵害主体の事例分析」ジュリスト1316号141~142頁(2006年)(なお、同146頁も参照)。水野武[判解]『最高裁判所判例解説民事篇昭和63年度』(1990年・法曹会)165~166頁も参照)、利益性要件を確立した判決であると理解する必要はないように思われる(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課題』(紋谷暢男古希・2006年・発明協会)787頁)。

(98) 東京地決平成14.4.11判時1780号25頁[ファイルログ著作権仮処分]、東京地判平成15.1.29判時1810号29頁[同中間判決]、東京地判平成15.12.17判時1845号36頁[同終局判決]は、問題となったサービス自体は侵害行為の時点では無償であったにもかかわらず、サービスの利用に必要な不可欠なソフトウェアを入手するためのウェブサイトから広告収入を得ていたという論理により、利益性要件を肯定している。著作隣接権侵害に関する東京地決平成14.4.9判時1780号25頁[ファイルログ著作権仮処分]、東京地判平成15.1.29平成14(ワ)4249[同中間判決]、東京地判平成15.12.17平成14(ワ)4249[同終局判決]も参照。

(99) 名称は異なるが、佐藤/前掲注(87)83頁。「道具提供型」と名付ける吉田/前掲注(88)149頁も参照。

(100) 高部真規子[判解]『最高裁判所判例解説民事篇平成13年度』(2004年・法曹会)、上野達弘[判批]コピーライト491号(2002年)。

(101) 原審の前掲東京高判[ナイトパブG7 2審]は、スナックが著作権侵害の仮処分を受けたことを知った時点以降の責任を認めるに止めたが、前掲最判[同上告審]は、これを破棄した。

(102) 田村善之[判批]NBL694号(2000年)。

(103) もちろん、Aが私人であるからといって必ずしも著作権侵害が成立しないというわけではない。たとえば、集合住宅の複数のユーザーから録画の指示があったとしても、個別に録画するのではなくサーバー内の一カ所に録画し、その結果作成された一つのファイルに基づいて複数のユーザーに対しその求めに応じて送信する場合には、自己使用のために複製するということはできず(大阪高判平成19.6.14平成17(ネ)3258[選撮見録2審])、あるいは、サーバーは公衆の用に供されている装置であるので(30条1項1号。1021項で同号が準用される著作隣接権侵害につき、大阪地判平成17.10.24判時1911号65頁[選撮見録])、30条1項の適用はなく、さらにいえば当該サーバーによって送信可能化、公衆送信が行われている(前掲大阪地判[選撮見録]、前掲大阪高判[同2審])。ゆえに、その場合、Aのところでは著作隣接権侵害を肯定することができるので、カラオケ法理を用いることなく、Yの行為について責任を問うことになる。もっとも、差止めを認めるためには、幫助行為

に対する差止めという法理を採用しない限り(前掲大阪地判[選撮見録]、カラオケ法理を活用せざるを得ないことになる(前掲大阪高判[同2審])。)

(104) 茶園成樹「著作権侵害の行為主体」『二十一世紀の法と政治』(大阪大学法学部創立五十周年記念・2002年・有斐閣)308頁。

この点に関して、鎌田/前掲注(97)57～58頁は、大量の私的複製行為を誘発する行為に対しては直接利用行為が侵害であることを要しない間接侵害型不法行為を導入することによる対処を提案する。しかし、侵害と評価されるべき直接の利用行為がどこにもないにもかかわらず、立法を待つことなく、裁判所かぎりがかかる間接侵害行為の類型を設けることには疑問があることにつき、後述注(122)～(132)に対応する本文を参照。

(105) 参照、佐藤/前掲注(87)80～81・83～85頁。

(106) 上野達弘[判批] 知財管理56巻8号(2006年)、藤田晶子[判批] 著作権研究32号(2007年)。録画ネット事件、まねきTV事件等、一連の事件との関係については、佐藤豊[判批] 知的財産法政策学研究15号(2007年)も参照。

なお、平嶋竜太[判批] Law & Technology 33号65～66・70～71頁(2006年)は、本件のサーバーは各入居者用のビューワー等とともに単一の製品として各入居者毎に把握されるべきであり、当該単一の製品内での送信は、著作権法上の「送信」に該当しない旨を説く。そのうえで、本件のサーバーから多数の入居者に送信が行われていることに対しても、入居者毎に独立したサーバーを備えれば「公衆送信」には該当しないとすれば、それを一つのサーバーに押し込めたところで、技術的な違いに止まり、法的評価を違えるべき本質的差異はないと論じている。しかし、個別のサーバーを用意させることは(この種の事情は、たしかに公衆送信該当性を否定する方向に斟酌されるだろう)、単に非効率的な著作物の利用を要求するだけであり意味のないことに思われるのかもしれないが、著作権法が公衆送信行為のみを禁止し、個別の送信行為を放任したのは、個別に非効率的、非斉一的な著作物の送信が行われるに止まる限りは、著作権者の受ける経済的不利益はなお受忍させるべきであると判断したからにほかならない。そうだとすると、一つのサーバーで一ユーザーに送信するに止めるのか、多数のユーザーに送信するののかということは、まさに法的評価を違えなければならない本質的な差異であると考えざるを得ないように思われる(もっとも、平嶋/前掲71～72頁の説く利益衡量は、立法論として傾聴に値するところが多い)。

(107) 著作物の直接の利用主体でなくとも、その支配に属する事実によって著作権侵害状態を生じさせており、侵害状態を除去しうる地位にある者は差止請求に服する旨を述べる見解として、牧野利秋「著作権等侵害の主体」牧野利秋＝飯村敏明編『著作権関係訴訟法』(2004年・青林書院)360～362頁。その他、共同不法行為責任を認めうる幫助者一般、さらには私的複製を大量に誘発する行為(注(104)参照)に対

する差止請求を肯定する見解として、鎌田/前掲注(97)59頁。その他、肯定説として、田中豊「著作権侵害とこれに関与する者の責任」コピライト485号10頁(2001年)の他、下記に列挙した諸説がある。

具体的な要件論に関しては、侵害以外に用途がない「にのみ」型の物的手段の提供に対して差止めを認めるべきことを提唱するものがある(佐藤豊/前掲注(87)84頁)。これに対して、本稿は、「にのみ」型でない場合にも侵害用途のみを抽出してこれを回避しうる場合には、なお差止めを許容すべきである点で佐藤/前掲よりは緩い要件の下で差止めを認めるものである(侵害以外の用途がある多機能型の物品についても間接侵害を認める特許法101条2号、5号に関しても同様の解釈論を採用すべきことにつき、参照、田村善之「多機能型間接侵害制度による本質的部分の保護の適均等論との整合性」知的財産法政策学研究15号(2007年))。また、侵害状態を除去しうる地位にある者一般に対する差止請求を認めるという抽象論の下、直接侵害者を含めて一般に機器、ソフトウェア、場所、機会、ネットワークを提供する者に関しては、侵害を引き起こす蓋然性がある場合に差止請求を認めるが、直接侵害者に対してのみ機器等を提供する者に関しては適法用途があっても差止めを認めるべきであるとする見解も提唱されている(後藤勝也「マルチメディア社会における『著作権の間接侵害』」コピライト438号62～63頁(1997年))。後者は一種の「過剰差止め」(田村善之「知的財産侵害訴訟における過剰差止めと抽象的差止め」同『競争法の思考形式』(1999年・有斐閣))として、許容すべき限界を判断すべきであろう。

他方で、諸事情の総合衡量を提唱するものもあるが、その種の(ルールではなく)スタンダード志向の解釈論は予測可能性を欠く感みがある。

スタンダード志向の解釈論として多少なりとも要件論が洗練されたものとして、たとえば、吉田/前掲注(88)177～178頁は、差止めの必要性、侵害行為の要保護性が低いことといった標題の下に、直接行為を停止させることが困難である反面、幫助行為を停止すれば直接行為も停止すると見込まれること、さらに被害利益が重大であること、容易に利用を停止しうること、侵害専用品であること等々の総合衡量をなしたうえで差止めを認めるべき旨を提唱するが、そこまで種々の事情を考慮しなくとも本文で述べた程度の要件で差止めを認めてよいように思われる。たとえば、裁判例のなかには、差止めを認めるべきか否かということ判断するに当たって、直接の侵害行為者を発見することが困難であることを考慮するものがある(前掲大阪地判[選撮見録]。なお、法理を異にするが、同様の事情を一要素として考慮するものに、塩月/前掲注(97)146～147頁も参照)。しかし、本稿のように、侵害行為を容易に回避しうるものに差止めの対象を限定する場合には、適法行為が過度に抑止されるおそれはないので、差止請求に対してそれ以上に謙抑的になる必要はなく、かかる制約は不要と考える。そもそも、直接の侵害行為の発見が困難であるという

趣旨が抽象的な事情を指しているのか、それとも当該事件固有の具体的な事情を意味しているのかということも不明である(かりに後者だとすると、1審で敗訴した間接行為者が控訴審で、直接の侵害行為者を開示すれば、敗訴判決が取り消されるということまでをも認めるものなのかどうかということも解明されて然るべきであろう)。同様に、112条の「著作権…を侵害する者又は侵害するおそれのある者」の解釈として、幫助行為か否かというレッテルを貼ることなく、諸要素を考慮して侵害行為の主体と認められるか否かを判断すればよい旨を説く見解もあるが(塩月/前掲注(97)146～147頁)、著作権に抵触する行為を法定で列挙する著作権法の趣旨を潜脱しかねないという懸念なしとしない(後述注(123)から(132)に対応する本文を参照)。そこに掲げられている多種多様な考慮要素(同147頁)の優先順位も定かではなく(同146頁によれば、管理支配性が中核となるとはされているが)、予測可能性を欠くことは否めないであろう。

この他、間接的行為者に当該著作権侵害という結果を回避すべき義務があるか否かということ、帰責に相当する実質的な寄与があるかという観点から判断するという抽象論の下で、行為者の関与の仕方には各種の類型があることを提示しながらも、結局は諸事情の総合衡量を勘案することを要求するものとして、作花文雄「著作物・複製物の利用・侵害態様の変容と帰責法理の構築」『知的財産権法と競争法の現代的課題』(紋谷暢男古希・2006年・発明協会)1019～1028・1036～1037頁。

(108) 解釈論としては否定説を支持し、立法的な解決の必要性を唱えるものに、高部/前掲注(86)128～130頁。

(109) 茶園/前掲注(104)307～308頁。

(110) 吉田/前掲注(88)160頁。カラオケ法理が、後述するファイルログ事件により「人」に対する管理から「行為」に対する管理、支配に変容し、同じく後述する録画ネット事件からまねきTV事件により「手段」に対する管理、支配に変容している旨を説く、奥邨弘司「変質するカラオケ法理との限界についての一考察」情報ネットワーク・ローレビュー第6巻43～44・47～48頁(2007年)も参照。

(111) 仮処分事件につき、作花文雄[判批]コピライト498号(2002年)、牧野利秋[判批]著作権研究28号(2003年)、中間判決につき、上野達弘[判批]CIPICジャーナル134号(2003年)。

(112) 事案は、ウェブ上のP2Pファイル交換サービスのユーザーが当該サービスを利用してMP3ファイルを無許諾で公衆送信していることに関して、当該サービスの提供者をして著作権侵害行為をなしていると評価しうるのかということが争点となったというものである。裁判所は、当該サービスの提供によってユーザーの公衆送信権侵害行為を管理し(=管理性)、当該サービスの利用に必要不可欠なソフトウェアを入手するためのウェブサイトから広告収入を得ていた(=利益性)という論理構成の下で、サービス提供者が公衆送信権侵害の主体であると帰結している。な

お、差止めや損害賠償の範囲につき、東京地判平成15.12.17判時1845号36頁[ファイルログ著作権終局判決]も参照(著作隣接権に関する東京地判平成15.12.17平成14(ワ)4249[同著作隣接権終局判決]も参照)。

(113) インターネットを介する情報の流通が社会にとって必要不可欠となっているところ、大量に流通する情報を逐一捕捉することは技術的に困難である以上、単に一般的に違法な利用がされるおそれがあるというだけで、情報通信サービスの提供者をして著作権侵害の主体であるとするのは適切ではない、というのである。もっとも、「単に一般的に違法な利用もあり得るといっただけにとどまらず、本件サービスが、その性質上、具体的かつ現実的な蓋然性をもって特定の類型の違法な著作権侵害行為を惹起するものであり、控訴人会社がそのことを予想しつつ本件サービスを提供して、そのような侵害行為を誘発し、しかもそれについての控訴人会社の管理があり、控訴人会社がこれにより何らかの経済的利益を得る余地があるとみられる事実があるときは、控訴人会社はまさに自らコントロール可能な行為により侵害の結果を招いている者として、その責任を問われるべきことは当然であり、控訴人会社を侵害の主体と認めることができるというべきである」とされた。前掲最判[クラブ・キャッツアイ]、そして原判決である前掲東京地判[ファイルログ終局判決]の2要件を一応、踏襲しつつも(引用部分の後段)、むしろ侵害行為を誘発する行為を抑止するためには、侵害行為を必然的に惹起すべきサービスを提供している者に対する責任を認めるべきであるというところに問題があることを前面に打ち出すに至った(引用部分の前段)。

(114) 佐藤/前掲注(106)参照。

市販のロケーション・フリー・テレビを用いて海外や外出先あるいは放送波が届かない地域等からでもインターネットを介してテレビ放送の視聴ができるようにするサービスの提供行為に対して、放送事業者が有する送信可能化権に基づく差止めを求めたという事件。裁判所は、1審、2審ともに、行為主体はYではなくAであると判断した。ベース・ステーション(ロケーション・フリー・テレビ)はAが所有しており、その他用いられているものは汎用品であって本件サービスに特有の特別のソフトウェアは使用されていないこと、1台のベース・ステーションから複数の専用モニターやパソコンに放送データが送信されることは予定されていないこと、債務者が保管する複数のベース・ステーション全体が一体のシステムとして機能しているとは評価し難いこと、利用者によるベース・ステーションへのアクセスに特別な認証手順を要求するなどして、利用者による放送の視聴を管理することはしていないこと等が斟酌されている。この種の場所貸しのサービス(ハウジング・サービス)まで否定されてしまうと、せっかく開発されたロケーション・フリー・テレビの効用を十分に活用されないことになりかねないという考慮が働いているのであろう。また、特定の利用者が所有する1台のベース・ステーションからは、

当該利用者の選択した放送のみが当該利用者のパソコン等のみに1対1で送信されているに止まり、不特定または多数(著作権法2条5項参照)に送信されているといえないから、自動公衆送信には当たらないとされている(佐藤/前掲注(106)参照)。

なお、抗告審では、著作権侵害の申立ても追加されているが、請求の基礎の同一性を欠くことを理由に却下されている。

(115) ユーザー毎に1台ずつ販売したテレビチューナー付きのパソコンを債務者の事務所内にまとめて設置し、各ユーザーがインターネットを通じてこれを操作して録画予約し、録画されたファイルを自宅などのパソコンに転送できる環境を提供することにより、日本国内のテレビ番組を録画して海外などにおいて視聴できるようにするサービスの適法性が問題となった事件である。

1審裁判所は、利用者がテレビパソコンを所有するといってもそれは債務者の事務所内に設置されており、録画についての関与の仕方も所定のソフトウェアに従ったものであること等から、ユーザーがテレビパソコンを管理、支配する程度はきわめて弱いということを理由に、複製の主体は債務者であると評価して、私的使用目的の複製とは認めず、著作権隣接権侵害を肯定した。

控訴審裁判所は、本件サービスにおいては、Yの事務所内にYが調達し設置し管理するY所有にかかるテレビパソコン、テレビアンテナ、ブースター、分配機、本件サーバー、ルーター、監視サーバー等多くの機器類並びにソフトウェアが有機的に結合して1つの録画システムを構成していることや、利用者Aがテレビパソコンにアクセスする際に、手元のパソコンから、Yが運営するサイトにアクセスし認証を受ける必要があり、そのうえでサイト上で指示説明された手順に従って録画等を行うということを斟酌して、複製行為の主体はYであると判断している。

1審、2審ともに、Yが複製権侵害を行っているとして評価するに際して、管理性を要件として掲げているが、その具体的な当てはめは、サービスに必要となるテレビパソコンの所在や債務者がインストールした所定のソフトウェアなど、物的な手段を提供する者が誰かという観点に着目しており、システム提供型に分類される。また、1審では利益性の要件には言及がなかったことも示唆的であるが、控訴審は、Yが利用者から毎月の保守費用の名目で利益を得ていると発言しており、利益性要件にも配慮している。

なお、テレビチューナー付きパソコンの所有権の所在につき、1審は、所有権がAに帰属するか、Yに帰属するかという点の判断を留保したまま、行為主体をYとする結論を下しているが、控訴審は、所有権はYにあると認定している。

(116) もっとも、ロクラク事件は録画ネット事件に比して機器類やソフトウェアの一体管理の程度が低いと評し疑問を呈するものとして、帖佐隆[判批]知財ぶりずむ5巻57号12～13頁(2007年)。

(117) 奥邨弘司[判批] SOFTIC LAW NEWS 108号(2007)。

楽曲の音源データを携帯電話用ファイルに圧縮するソフトを提供し、当該圧縮ファイルを蔵置するストレージ用のサーバーを用意し、ユーザーがインターネットを経由して任意の時期に自己の携帯電話にダウンロードして、携帯電話で楽曲を自由に再生することを可能とするサービスについて、ユーザーがCD等の楽曲の音源データを携帯電話で利用することは技術的に困難であるところ、Y(ただし、著作権侵害を理由とする差止請求権の不存在確認訴訟なので原告)が提供する本件サービスによってそれが可能となっていること、ユーザーはどの楽曲を複製するか等の操作の端緒となる関与を行うが、本件サービスに不可欠なユーザーソフトの仕様やストレージの条件、送信の機能は原告によってシステム設計で決定されており、その複製行為、送信行為はもっぱら原告が所有し、その支配下に設置して管理している本件サーバーにおいて行われること、さらにはYのサービスにおいてMYUTAサーバーに楽曲を複製しユーザーの携帯電話に送信することは極めて重要なプロセス(複製に関して)ないし不可欠の最終的なプロセス(送信に関して)であること等を理由として、本件サーバーに3G2ファイルを蔵置する複製行為、送信行為の主体はユーザーではなくYであるとした判決である。

ベータ版の試用では当面無料で提供されていたという事情があり、裁判所自身も利益要件を掲げていない(「有償性」という標題の下、将来有料化が予定されていると評価している箇所はある)。また、管理に触れるところはあるが、それは明示的にもユーザーの行為というよりはサーバーに向けられた管理でしかなく、くわえて、本件サービスがなければ私人が複製、送信行為を行うことが困難であるという事情を前面に打ち出す論理となっている。カラオケ法理とは訣別し、総合的な衡量の下で行為主体はAなのかYなのかということ判断する姿勢を示したものと理解することが許されよう。その意味で、本稿の分類の下では、システム提供型の範疇に属すると評してよいが、一般的にサーバーやソフト等を提供しているというだけでYを行為主体とみるのではなく、個々の著作物の利用をなす際にもYの関与が大きいことを斟酌している点で、前掲大阪高判[選撮見録画]とは一線を画している。Yのサービスにおいて被告JASRACが管理する楽曲を利用する重要なし不可欠のプロセスとなっていることを斟酌する件は、被告の管理する楽曲の著作権に基づいてYのサービス全体に対する差止めを認めても過剰なものとはならないことを吟味したものであるかもしれない。

なお、公衆送信権侵害となるためには、別途、送信行為が公衆に向けられたものであることが必要であるが、ユーザーは本件サーバーを設置するYにとって不特定の者であるとされた。しかし、この論理は、送受信自体は1対1で行っていても、多数のユーザーを獲得すると公衆送信であると認定することを可能とする論理であり、その射程を広く解されると、データ変換を伴わない単純なストレージ・サービス全般について公衆送信権侵害を肯定する方向に活用されかねない(特に本判決

と異なり、サーバー管理者であれば直ちに公衆送信の主体とみる有力説を採用した場合)。この事件では、公衆送信権侵害が認められなかったとしても、公衆要件を必要としない複製権侵害を肯定することができたのであるから、公衆要件を広く解する必要はなかったように思われる。

(118) 裁判所は、本件で著作(隣接)権侵害が肯定されるに至ったのは、装置内で一つのファイルで複数の入居者に送信する設計となっていることに起因しているところ、そのような装置の内部構造はユーザーである集合住宅の入居者の預かり知らぬことであることを指摘している。ユーザーAをして直接の侵害行為と評価し、抽象論として著作権侵害の責任を負わせることになりかねないことに躊躇いがあるということなのだろう。その価値判断は傾聴に値するものであるが、故意がなければ刑事罰を負うこともなく、損害賠償については過失を否定し、不当利得の金額はノミナルに算定するなど、Aを侵害者と目したところでその責任を緩和する策がまったくないというわけではない。

(119) 主文は、「別紙目録記載商品を販売して同集合住宅の入居者にその使用による放送番組の録音・録画をさせてはならない」というものであるが、「同集合住宅の入居者に…録音・録画をさせてはならない」のくだりは、カラオケ法理を用いたこととの整合性を保つために文言として付加されているものであるのに止まり、具体的に差止めの対象となっている行為は、あくまでも「別紙目録記載商品」の「販売」であるに止まる。

(120) ここまで管理要件を相対化してしまうと、法定の利用行為を法が定めた意味が失われかねない。本件は、1審のように、Aの行為を直接の利用行為と評価したうえで、物的装置等提供型として差止めを認めるほうが事態適合的であったように思われる。

もっとも、従前の裁判例で、装置提供型に対して第一類型該当性を否定した裁判例としては、多チャンネルを用いて同一曲目を繰り返し放送する衛星放送により、大量の私的複製が誘発されたとしても、録音するか否かが受信者の自由意思に委ねられている以上、被告が受信者による録音行為を管理支配していることにはならないとする判決がある(放送に対する排他権を持たない隣接権者であるレコード製作者が訴えた事件で、東京地判平成12.5.16判時1751号149頁[スターラジオⅡ]。なお、ほぼ同一の事案で、受信者の私的複製が違法に転じるわけではないから、放送者等が共同不法行為責任を負うこともないとした判決として、このような解釈がベルヌ条約9条2項に抵触しないと付言しつつ、東京地判平成12.5.16判時1751号128頁[スターラジオⅠ])。この事件と比較すると、前掲大阪高判[選撮見録2審]は、装置がAに引渡されており、しかもその装置はAのところで必然的に録音録画、送信可能化が行われる構造になっていたということ、くわえて、装置の引渡後もリモート・コントロールによる保守管理が行われているという事情が、Yの関与の深さと継続

的な関係を肯定する方向に斟酌されるものであるという点が異なっている。ゆえに、前掲大阪高判[選撮見録2審]の論理には一定の歯止めが掛かっており、装置提供型であれば全て第一類型を用いることができるという立場を示したものではないことには留意が必要である。

(121) 個々の裁判例について、より詳しくは、第一類型から第二類型も含めて、吉田/前掲注(88)160～171頁、大友信秀「著作権侵害行為の助長的行為と刑罰規定(2)」知財管理56巻8号1119～1132頁(2006年)、柴田義明「著作権侵害の主体」牧野利秋他編『知的財産法の理論と実務 第4巻[著作権法・意匠法]』(2007年・新日本法規)242～243頁、藤田/前掲注(106)182～192・197～201頁も参照。

(122) たとえば、現在までのところ最も第一類型の外縁を拡大した裁判例であると目される前掲大阪高判[選撮見録2審]では、直接の行為者であるAのところでも送信可能化や私的とはいいがたい録音録画がそもそも行われていたので、第一類型のカラオケ法理によりYを行為主体と見るという論法が用いられたところで、それで元来、違法ではなかった行為が違法に転化したものではないと評価すべき事案であった(現に、前掲大阪地判[同1審]は第二類型を用いている)。したがって、問題が顕在化することはなかったという事情がある。もっとも、別論点となるが、Yを行為主体とした控訴審判決の意図の一つは、それによってAの行為主体性を否定し、もってAを免責するということにもあるのではないかと推察されることにつき、前述注(118)参照。

(123) 知的財産法の根拠論に関する諸説については、Wendy J. Gordon(田辺英幸訳)「INTELLECTUAL PROPERTY」知的財産法政策学研究11号(2006年)を参照。

Lock, Hegel, Marxを題材にしながらか知的財産権の正当化原理を検討し、第一に、知的財産権はpropertyではなく他人の消極的自由を制約するprivilegeであると理解すべきであるところ、有体物に対する所有権とのアナロジーを用いた「無体物」なる物に対する権利であるとの装いが、他人の行動を制約する権利であるというその性質を覆い隠していること、第二に、有体物に対する利用という限定がある所有権と異なり、知的財産権は制約がなく無限定に広がりうる危険性をもっており、資本主義社会における知的財産の重要性もあいまって、国内はおろか国際的にも権利が強化されるおそれがあること、第三に、そのようななかで、知的財産に関する法制度を設計する際の枠組みは、情報というコモンズに関しては、誰も所有していないものであるがために、なにがしかのfirst connectionがあれば個人が所有することを容認するnegative communityではなく、万人の所有しているものでありfirst connectionだけで個人が所有することを許さないpositive communityを想定すべきであること等を提唱する示唆的な書物として、Peter Drahos, A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY(1996)を参照。

(124) 森村進『財産権の理論』(1995年・弘文堂)168～171頁も参照。

(125) 参照、Nari Lee(田村善之訳)「効果的な特許制度に関する多元理論の試み(1)～(2)」知的財産法政策学研究14～15号(2007年)。特許制度に関し産業分野別に妥当すべき理論が異なることを示すものとして、参照、Dan L. Burk = Mark A. Lemley(山崎昇訳)「特許法における政策レバー(1)」知的財産法政策学研究14号(2007年)。(126) 田村善之『知的財産法』(第4版・2006年・有斐閣)19～21頁。もとより、立法過程には、組織されやすい大企業や多国籍企業等の利益が反映されるので、そこでなされる民主的決定は厚生観点から見ればバイアスがかかったものとなりがちである(cf. Dan L. Burk = Mark A. Lemley(山崎昇訳)「特許法における政策レバー(2)」知的財産法政策学研究15号63～64頁(2007年)、Drahos, supra note 123, at 135-140)。くわえて、厚生とは別に自由を確保する必要性もあるので、プロセス正当化を立法だけに求めるわけにはいかないが、少なくとも知的財産権の強化を求める大企業の利益が反映されやすい立法においてすら実現されていない知的財産権の保護範囲の拡大を司法によって実現することには慎重であって然るべきであるといえよう。こうした観点から、知的財産の利用行為を巡る市場(的決定)、立法、行政、司法の役割分担を検討することが、知的財産法の制度論の鍵となるように思われる(参照、田村善之「特許制度をめぐる法と政策」ジュリスト1339号(2007年))。

(127) 田村・前掲注(63)131～141頁。

(128) 大友/前掲注(121)1132～1133頁、上野/前掲注(106)1224頁、同/前掲注(86)82頁も参照。

(129) この著作権侵害が行われているか否かということを確認する際に、(第三類型の「システム提供型」ではない)純粋の第一類型の人的行為支配型によって、著作権の制限規定の趣旨を斟酌しつつ、そのような利用行為を行っているか評価すべき者を確定する作業を行うことは妨げられない。

(130) 吉田/前掲注(88)175～176頁は、著作物利用行為のための一体的システムの構築とYの管理、さらに利益収受を要件に、「システム提供型」による侵害行為の主体の拡大を認める。

たしかに、実態として著作物の利用行為を誘発する装置とサービスが一体となったシステムを提供するビジネスが展開されるようになり、その場合、かかるシステムを管理していることに着目する裁判例が現れているという現象面の指摘として、「システム提供型」なる類型が析出されるべきことは、吉田/前掲注(88)の指摘のとおりであるように思われる。しかし、そのような一体的システムが構築されたということは、侵害行為に特化するシステムが構築され、侵害以外の用途が考えにくくなっているということであろうから、本稿にいう第二類型でも対処しうることが多い。

違いがあるとすれば、システムを利用する直接の行為者Aが私人である場合、「システム提供型」ではなお著作権侵害を肯定しうるのに対し(吉田/前掲注(88)175頁)、本稿が提唱する第二類型ではAに著作権の制限規定が適用される結果、非侵害とな

るところである。本文で述べたように、本稿は、後者の帰結のほうが妥当であるところであるが、吉田/前掲注(88)175～176頁がその種の配慮を欠くわけではなく、一体的システムの構築とその管理により、Aの行為をしてYの行為と評価できることが前提となっている。そうなると、吉田/前掲注(88)176頁で示唆されているように、「システム提供型」と本稿にいう第一類型との境界線は微妙なものとなってくる。だとすれば、第一類型で対処することが可能なのではなからうか。

(131) 奥邨/前掲注(110)51頁、同/前掲注(117)8頁、高部/前掲注(86)125頁も参照。

(132) 奥邨/前掲注(110)52頁。上野/前掲注(86)92頁も参照。

(133) 他方で、本稿と異なり、かりにシステム提供型なる法理に与する場合には、著作権の制限規定が潜脱されることのないようにする必要がある。

法が所定の条件の下、私人の行為や非営利の行為を免責している趣旨は、私人の活動や非営利の活動の自由を確保するとともに、私人の行為や非営利の行為であれば、その利用は散発的なものに止まると考えられるので(少なくとも法はそのように想定しているわけであるが、これが事実とどの程度乖離しているのかということとはまた別の問題であることにつき、参照、田村・前掲注(63)199頁)、著作権者の利益を過度に害することがないと判断したからであろう(田村・前掲注(63)198～199・204～205頁)。そうだとすると、Yの行為主体性を肯定するには、少なくとも、Yの関与により、私人ではなしえないような行為であるとか、あるいは、私人や非営利ではなされえないような行為が実現していることが必須となると考えるべきであろう。

吉田/前掲注(88)175頁も、Yによる一体的システムの構築とその管理により、Aの利用行為が増大していることが必要となる旨を説く。もっとも、同175頁が、利益性も要件とすべしと説くが、私的複製との関係では、法は私的範囲を逸脱する範囲で複製が行われれば、それが非営利であっても著作権侵害になると判断しているのである(30条1項参照)。システム提供型という法理を採用する場合には、複製との関係では利益性の要件は不要であり、くわえて、非営利用との関係でも、単に行為主体がYであると認定されたあとで、営利目的等を欠くのであれば、38条所定の条件の下でYを免責すれば足りるように思われる。

(134) 理念型としてありうべき複数の考え方を提示しつつ、簡潔な見取図を与えるものに、上野達弘「著作権法とプロバイダ責任制限法」(2004年・成蹊大学法学部)361～366頁、同「プロバイダーの責任」著作権法研究28号89～95頁(2003年)、実際の学説の分布状況につき、末吉互「著作権侵害情報をめぐるプロバイダの責任」秋吉稔弘喜寿『知的財産権—その形成と保護』(2002年・新日本法規)359～360頁、上野/前掲注(106)1219頁、同/前掲注(86)77頁。

(135) 前掲東京地判[MYUTA]は、Y(原告)が管理するサーバーから送信されている事実を、Yの行為主体性を肯定する方向に斟酌してはいるが、前述したように他の

要因も考慮しており、単純にサーバー管理者を行為主体と断じた判決とまで読むことは困難である。

(136) 問題となっているポスティングは、プロバイダー責任制限法の施行日(2002年5月27日)の直前の5月9日から13日にかけてなされているが、施行日以降も削除されることなく蓄積されたままであるから、施行日以降の警告や削除等に関しては同法の適用があると考えてよい。

(137) もっとも、本件に限って言えば、投稿者自身が市販の本から転載したものであると称して投稿しており、また、市販直後の本に掲載されている記事の著作権者が、誰もが無料で閲覧しうる巨大掲示板「2ちゃんねる」への(しかも明らかに批判的な)投稿を許諾することは考えにくいということは見易い道理であるから、電子メールに権利の所在を示す証拠が付されていなかったとしても、権利侵害を知ることができた相当な理由(プロバイダー責任制限法3条1項2号)があると評価してよいのではなからうか(その他、本判決の位置づけとともに、高瀬亜富[判批]知的財産法政策学研究本号掲載予定も参照)。さらにいえば、そもそも、本件では、控訴審の段階でもいまだに2ちゃんねるの「過去ログ」に無断投稿記事が転載されたままであり、一般に閲覧可能だということであるから、訴訟がここまで進んだ段階では、権利侵害があることを知るにいたる相当の理由があり、また、地裁の基準でいっても、容認すべからざる放置だということによって差止請求を認めるほうが自然であったように思われる(参照、塩月/前掲注(97)145頁)。

(138) 学説でも、作花・前掲注(1)588～589頁は、プロバイダーが主体的に関与していない場合でも、無許諾で著作物が蓄積、送信されていることを了知していた場合には、これを削除するかアクセスを停止する作為義務が発生し、その不作为について法的責任を負う旨を説いている。

(139) 上野/前掲注(134)著作権研究28号90頁。

(140) 田村/前掲注(1)責任主体204～205頁、同「インターネット上の著作権侵害とプロバイダーの責任」ジュリスト1171号73頁(2000年)、吉田/前掲注(46)17～18頁、末吉/前掲注(134)354～355頁。

もっとも、このような解釈に対しては、プロキシー・サーバーまでもが著作権侵害の主体として差止めの対象となりかねないという指摘がある(岡村久道＝近藤剛史『インターネットの法律実務』(新版・2001年・新日本法規)349頁)。後述するように、サーバーに蓄積されているファイルの抹消という形での簡易迅速な差止請求に服させることが、公衆送信の主体と認められる実益である以上、プロキシー・サーバーが、著作権侵害を組成するファイルを蓄積することなくアクセスを提供しているに過ぎない場合には、公衆送信の主体にはならないと解すべきであろう。他方、キャッシングを行っている場合には、複製、送信可能化、公衆送信の主体といわざるを得なくなるが、この点については、注(205)を参照。

(141) 安藤和宏『よくわかるマルチメディア著作権ビジネス』(1996年・リットーミュージック)214～216・226～235頁、濱口太久未「著作権法の一部を改正する法律について」コピライト436号7頁(1997年)。

大須賀寛之「著作権侵害とプロバイダ等の責任」牧野利秋他編『知的財産法の理論と実務 第4巻[著作権法・意匠法]』(2007年・新日本法規)307～309頁も、同様に一般的にプロバイダーを行為主体とする解釈には疑問を呈しつつ、ただし、権利侵害が明らかになった場合にそれを知りながらあえて放置していたり、発信者に送信可能化や自動公衆送信を停止する手段を提供していないにもかかわらず権利者からの申出を放置していたときは、プロバイダー自身が情報の発信主体と評価される場合もある旨を説く。

(142) 吉田正夫「ネットワーク・サービス・プロバイダーの責任」知財管理46巻11号1742・1746頁(1996年)、山下幸夫「インターネット上の著作権に関する基礎的考察」NBL620号47頁(1997年)。

(143) 本稿は、前述したように、プロバイダーを利用行為主体ではないとする立場をとるわけではないが、他方で、プロバイダーに対して厳格責任を課すべきであるという立場を採用するわけでもない。

特に、アメリカ合衆国では、DMCAが成立する以前は、プロバイダー等に厳格な責任を課した方が、監視技術を発達させるか、もしくは、損害賠償分を接続料金に転嫁したり、保険を組織させそれに加入することにより損害を分散化させるインセンティブが働くから望ましいという議論がなされることがあった(田村/前掲注(1)責任主体171～172・182～188頁、同「効率性・多様性・自由」同『市場・自由・知的財産』(2003年・有斐閣)222～223頁)。

しかし、いかに技術が進歩したとしても何を探すべきなのかが分からなければ、侵害を監視しようがない。探すべきもの(＝自分の著作物)が分かっており、それについて許諾を与えたか否かの判断をなすという点では、権利者の方が侵害を感知するのに長けている。趣味で無料のBBSを開設している者などは、損害を分散させる術ももたないところ、厳格な責任は彼らにBBSの閉鎖を迫ることになり、だれもが情報の送り手となりうるというインターネットの文化的な特質に支障を来すことになりかねない。権利者からの警告がない限り、プロバイダー等は少なくとも積極的に侵害行為を探知する義務は負わないというべきであろう。さらにいえば、プロバイダー等が過敏に対応する余り、警告を受けたというだけで即座にホーム・ページの閉鎖や投稿の削除をする方向に走らせ、インターネットによる著作物の自由な流通が阻害されてしまうことになる、という事態は避けるべきであるから(大須賀/前掲注(141)308頁が表明する懸念)、権利者からの警告という一事をもってただちに過失を肯定するのではなく、侵害を明らかにする証拠が示されている必要があると解すべきであろう(吉田/前掲注(142)1743～1744頁参照)。

ただし、侵害著作物であろうと認識しながら (ex. タレントの写真などで雑誌からコピーしたことが明白な場合) 特に対策を施すこともなく放置したり、あるいは、むしろ侵害を奨励していたような場合 (ex. 掲示板にゲームソフトの投稿を促す場合) には、サーバー管理者に回避困難な不利益を与えることにはならないから、警告がなかったとしても、故意ないし過失ありとして損害賠償責任を肯定すべきであろう (田村/前掲注(140)ジュリスト1171号)。

(144) 不当利得の類型論に立脚したうえで、侵害利得の類型について割当内容説に従った説明である (田村善之『知的財産権と損害賠償』(第2版・2004年・弘文堂)103～117・264～269頁)。より厳密に言えば、著作権法が著作権者に排他的に割当てている著作物の法定の利用によって市場を利用する機会を、著作権侵害者が自ら利用することにより自己のものとしたことが利得と観念されるということである (同268頁)。不当利得の類型論については、加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』(1986年・有斐閣)3～520・841～864頁(侵害利得を「帰属法的不当利得」と表現する)、同『事務管理・不当利得・不法行為』(第2版・2002年・有斐閣)60～75・84～92頁、藤原・前掲注(65)9～33頁を参照。

(145) 青江秀史=茶園成樹「インターネットと知的財産法」高橋和之『インターネットと法』(第3版・2004年・有斐閣)242～243頁は、容易にサーバーに蓄積された情報を認識し送信防止措置を講じることができる場合という条件付きで、プロバイダーを公衆送信の主体と認める。差止めが過大な負担を課することがないように配慮するという点では、本稿と趣旨を共にする。

(146) 岡村=近藤・前掲注(140)158～159頁、田村・前掲注(63)188頁、大須賀寛之「インターネットをめぐる著作権侵害について」牧野利秋他編『知的財産法の理論と実務 第4巻[著作権法・意匠法]』(2007年・新日本法規)293頁。

(147) 田村・前掲注(63)188頁、青江=茶園/前掲注(145)250頁。

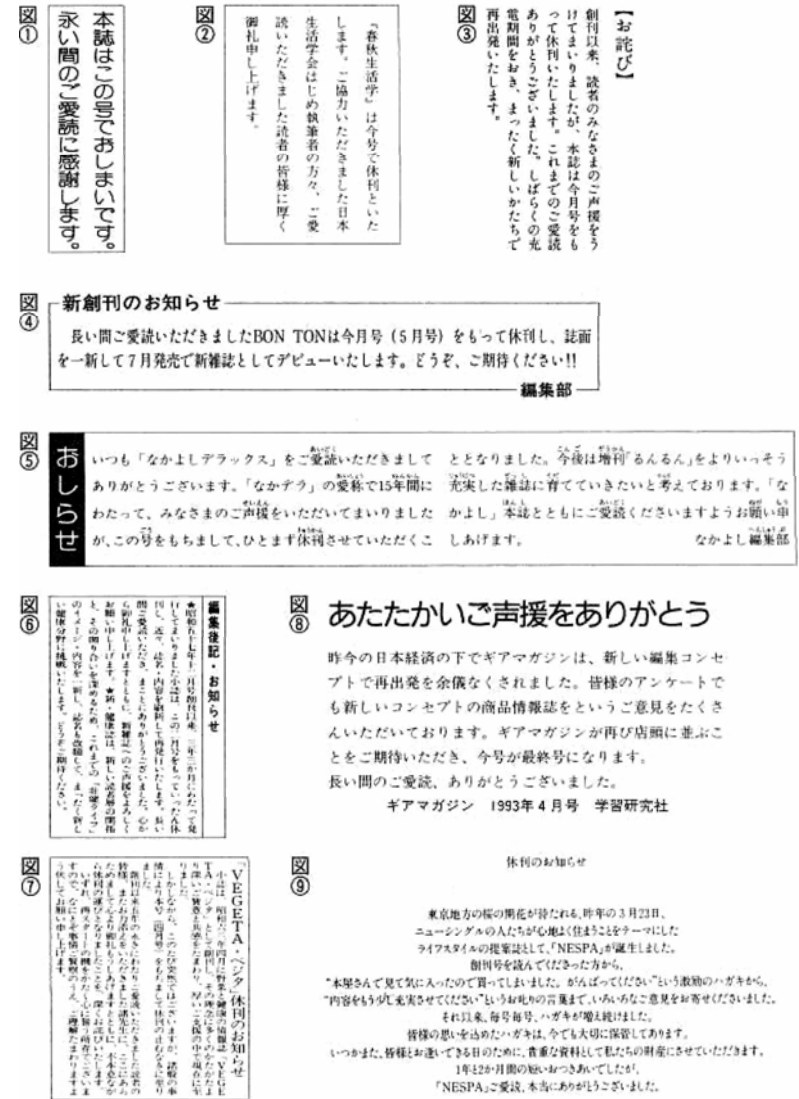
(148) 田村善之[判批]同『競争法の思考形式』(1999年・有斐閣)、三村量一[判解]『最高裁判所判例解説 民事篇平成9年度』(2000年・法曹会)。

(149) 田村/前掲注(148)判批参照。

【付記】

脱稿後、潮見佳男「著作権侵害における『間接侵害』の法理」コピライト557号(2007年)に接した。

【図1】



(判時1567号134～135頁より)

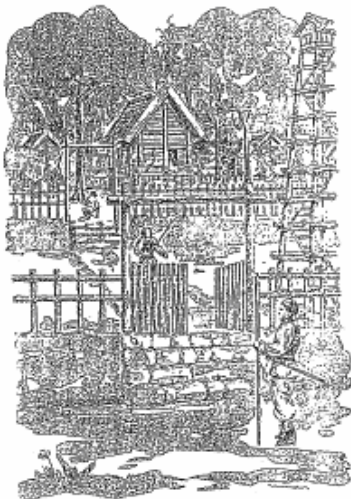
連続企画

【図2】判例時報1701号161頁



【図3】判例時報1509号138頁

1. 古代の城



【図4】判例時報1509号138頁

1. 車路呼の王宮

