

## 著作権の間接侵害に関する 日本の裁判例、学説と中国への示唆

李 扬  
丁 文杰(訳)

### 要旨：

著作権の間接侵害とは、著作物の物理的な利用者に対して、場所、道具、サービスやシステム等を提供する者（以下、「道具等提供者」という。）が、著作権侵害の責任を問われることをいう。

日本では、常にカラオケ法理や幫助侵害法理を持ち出して、著作権の間接侵害問題を解決しようと取り組んでいる。しかし、日本の学者の指摘によると、カラオケ法理は、利用主体性の拡大と司法機関の権利拡大という弊害を生んでおり、また、幫助侵害法理では、物理的な直接の利用行為が適法な利用行為に該当する場合、道具等提供者に対して責任を問うことができなくなる。

さて、中国において著作権の間接侵害に関する日本の法理を考察することの意義は、方法論としては立法論と解釈論を区別すべきであり、役割分担においては立法と司法の機能を峻別すべきである、という点にあるだろう。

もともと、道具等提供者と著作権侵害の責任に関する問題を考えるにおいて、解釈論の方向性としては、共同不法行為の法理を推奨すべきであり、直接の利用行為者のところで著作権侵害が成立する場合に限って、道具等を提供する者の行為が幫助侵害行為として成立しうる。一方、立法論の方向性としては、道具等提供者と著作権侵害の責任に関する問題を解決するにおいて、以下の二つの方策が考えられる。一つは著作権法に特別な規定を設けて、著作権侵害を必然的に惹起するような道具等を提供する行為を著作権侵害行為とみなすこと、もう一つは特定の複写機器から複製税を徴収し、著作権者、道具等提供者及び公衆間の利益関係を調整することが挙げられよう。

これらの議論を踏まえて、筆者は、今までのいわゆる「著作権の間接侵害」という曖昧な概念を見直すべきであると主張する。

キーワード：著作権、間接侵害、カラオケ法理、幫助侵害法理、複製税

いわゆる「著作権の間接侵害」とは、著作物の物理的な利用者に対して、場所、道具、サービスやシステム等を提供する者が、著作権侵害の責任を問われることをいう。著作権の間接侵害は、著作権者、産業界及び公衆という三者の利益と関わっており、1980年代以降の日本では、著作権法上の重要な問題として取り上げられ、激しく議論されてきた。中国においても最近、著作権法の第三次改正を目の前にして、多数の知的財産法学者が著作権の間接侵害について活発な討議を行っており、このような背景下で、この問題に関する日本のやり方を研究、総括ないし検討することは非常に有益であるように思われる。本稿ではまず、著作権の間接侵害に関する日本の裁判例を紹介した上で、この問題に関する日本の学説上の議論をまとめておくことにする。次に、これらの学説について評価を加えながら、いわゆる「著作権の間接侵害」をどのように考えるべきかを提言したい。

## 一. 裁判例の紹介

以下では、日本の知的財産法学者と民法学者が議論してきた1980年代から2009年1月までの著作権の間接侵害に関する裁判例を紹介する。

### (一) クラブ・キャッツアイ事件

本件の原告は日本音楽著作権協会であり、被告はクラブ・キャッツアイというカラオケ店舗の経営者である。主な事案の概要は、次のとおりである。被告は自分の店舗にカラオケ装置を設置し、原告の許諾を得ずに、当該団体の管理下にある楽曲が収録されたカラオケテープを来店客に提供した。客は、被告の備え置いたカラオケテープの範囲内で選曲し、被告の設置したカラオケ装置の従業員による操作を通じて、被告の管理の下に歌唱した。そこで原告は、被告の行為が演奏権を侵害すると主張して、被告に対し差止め及び損害賠償を請求した。一審判決(福岡地判昭和57.8.31無体集16巻2号485頁)は、カラオケ店舗を演奏行為の主体とみなし、被告の行為が公衆に直接聞かせることを目的とする演奏に該当することを理由として、原告の請求を認容した。被告は控訴したものの、控訴審判決(福岡高判昭和59.7.5無体集16巻2号463頁)も、結論としては原審を支持し、

控訴を棄却した。被告は、控訴審判決を不服として上告した。上告審判決(最判昭和63.3.15民集42巻3号199頁)は、「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…は明らかであり、客のみが歌唱する場合でも、客は、上告人らと無関係に歌唱しているわけではなく、上告人らの従業員による歌唱の勧誘、上告人らの備え置いたカラオケテープの範囲内での選曲、上告人らの設置したカラオケ装置の従業員による操作を通じて、上告人らの管理の下に歌唱しているものと解され、他方、上告人らは、客の歌唱をも店の営業政策の一環として取り入れ、これを利用していわゆるカラオケスナックとしての雰囲気醸成し、かかる雰囲気を好む客の来集を図って営業上の利益を増大させることを意図していたというべきであって、前記のような客による歌唱も、著作権法上の規律の観点からは上告人らによる歌唱と同視しうる」と判示したのである<sup>1</sup>。

### (二) ナイトパブG7事件

本件の原告は日本音楽著作権協会であり、被告Y1はカラオケ店舗の経営者(被告Y2)にカラオケ装置を提供しているビデオメイツ有限会社である。事案の概要は、次のとおりである。被告Y1は、茨城県南部を中心とする地域においてカラオケ装置のリース及び販売業務を行っていた。1991年、被告Y1と被告Y2はカラオケ装置のリース契約を締結しており、リース契約を締結する際に、被告Y1は、口頭で原告と使用許諾契約を締結すべきことを被告Y2に喚起したが、実際に使用許諾契約を締結したか否かについては確認しなかった。原告の主張によると、カラオケ店舗の使用

<sup>1</sup> この事件が争われた当時は、著作権法22条の特則として、附則14条という規定があり、適法に録音された音楽の著作物には、一定の場合を除いて、当分の間演奏権が働かない旨を規定していた。カラオケスナックには、この特則が適用され、そこでのテープ再生は演奏権の侵害に当たらないものと考えられた。したがって、カラオケスナックの著作権侵害を問題にするためには、顧客の歌唱行為の方向で考える以外なかったわけである。なお、この前提は、著作権法1999年改正によって取り除かれ、現在では、すべての音楽の著作物の演奏に演奏権が働くことになった(日本著作権法22条: 著作者は、その著作物を、公衆に直接見せ又は聞かせることを目的として上演し、又は演奏する権利を専有する)。

許諾契約の締結率は、1999年3月現在で60.4%、本件各店舗の存する茨城県では52%に止まっており、それは被告Y1のカラオケ装置のリースと関係があると主張して、原告は著作権侵害を理由に、被告らに対し差止め及び損害賠償を求めた。他方、被告Y1は、原告と使用許諾を得る必要があることはリース契約を締結する際に契約書面や口頭で注意を喚起しており、それ以上の責任を負わない、と主張して争いになったという事案である。

一審判決（水戸地判平成11.4.14平成9(ワ)106）と控訴審判決（東京高判平成11.11.29民集55巻2号266頁）は、カラオケ演奏をなしているスナックが著作権侵害を理由とするカラオケ装置の使用禁止の仮処分の執行命令を受けたことを知った時点以降もカラオケ装置のリースを継続したことについては責任を認めたが、それ以前の行為については、スナックが許諾契約を締結していない可能性を疑わせるような特段の事情があったとは認められないとして、注意義務違反を否定した。

上告審判決（最判平成13.3.2民集55巻2号185頁）は、控訴審判決を破棄し、自ら判断した。すなわち、リース業者は、装置を引き渡す際に、スナックが著作権者との間で利用許諾契約の締結・申込みをしたことを確認する義務があると帰結したのである。その際、最高裁は、考慮すべき事情をいくつか挙げている。1. 装置の引渡しにより原告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、2. 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、3. 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、4. 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、5. 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が斟酌された。

### (三) ヒットワン事件

本件の原告は日本音楽著作権協会であり、被告はヒットワンという株式会社である。事案の概要は、次のとおりである。被告のカラオケリース業者が通信カラオケ機器をリースする店舗のうち93店舗が原告の管理楽曲を無許諾で演奏しているとして、被告に対し、被告がリースする通信カラ

オケ機器で楽曲リスト記載の音楽著作物のカラオケ音楽データの使用禁止措置を講ずるよう求めた事案である。この事件は、通信カラオケの事案であって、リース業者はカラオケ装置のリース後も楽曲データをカラオケ店舗に有線で送信した。したがって、ボタン一つで楽曲データの送信をストップすれば、店舗でのカラオケ装置を用いた演奏を停止することができたという事情がある。本件の原告は、演奏権及び上映権侵害を理由として、被告に対し差止請求をなした。

大阪地方裁判所は、以下の理由に基づき原告の請求を認容した（大阪地判平成15.2.13平成14(ワ)9435）。1. 被告は、本件各店舗に対し、本件各店舗において管理著作物に係る楽曲データを用いてカラオケ演奏を行うについて、必要不可欠といえるカラオケ装置を提供している。2. 被告は、本件各店舗にカラオケ装置をリースするに際し、管理著作物に係る使用許諾契約の締結又は申込みの有無を確認すべき条項上の注意義務を怠り、そのような確認をしないでカラオケ装置を引き渡したものであり、しかも、その後、現に本件各店舗の経営者が原告の許諾を受けないで管理著作物に係る歌詞・楽曲の演奏・上映による著作権侵害行為を行っていることを知りながら、これら経営者に許諾を受けることを促し、それがされない場合にはリース契約を解除してカラオケ装置の停止の措置をとり、カラオケ装置を引き揚げるべき条項上の注意義務に反して放置している。3. 被告は、容易に当該店舗における楽曲データを利用した演奏・上映を完全に停止させることができる。4. 被告の得ているリース料は、本件各店舗における原告の管理著作物に係る歌詞・楽曲の無許諾の演奏・上映行為と密接な結びつきがある。そこで、大阪地方裁判所は、幫助者の行為が当該著作権侵害行為に密接な関わりを有し、当該幫助者が幫助行為を中止する条項上の義務があり、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から、著作権法112条1項の「著作権を侵害する者又は侵害するおそれがある者」に当たるものと解釈して、被告に対する差止請求を認容した。

### (四) 選撮見録事件

本件の原告は毎日放送、朝日放送等の五つの放送事業者であり、被告は

クロムサイズ株式会社である。事案の概要は、次のとおりである。被告は、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、ユーザーからのリクエストに応じて配信する集合住宅向けハードディスクビデオレコーダーシステム「選撮見録」を販売した。本件システムには、録画すべき番組を個別に選択する個別予約モードと、一週間分の五つのチャンネルの番組すべてを予約する全局予約モードの二つの方式を備えていたが、本件システムのユーザーのうち一戸でも全局予約モードを選択した場合には、全番組につき録画データが一個ずつサーバーに蔵置され、そこから各ユーザーにデータが送信されることになっていた。全局予約モードが指定されていない場合でも、ユーザーの予約が重複した場合にはサーバー内には同一の番組については一個の録画データが蓄積されるに止まり、そこから複数のユーザーへ送信されることになっていた。本件の被告から「選撮見録」を購入した者は、サーバーを集合住宅の管理人室等に設置し、各住戸には住民が所有するテレビ受像器に接続して番組を視聴させるためのビューワを設置した。管理室等で設置されたサーバーと、各住戸に設置されたビューワとで、一体としてシステムを構成した。そのシステムの働く原理は次のとおりである。ユーザーがサーバーに接続したビューワを通じて予約指令を発信し、サーバーが予約指令によって自動的に番組を録画してから、受像指令に従って自動的に録画した番組をユーザーに発信する。ユーザーは毎月、1200円から1400円の保守料を払う必要がある。原告は、著作権及び著作隣接権侵害を理由として、被告に対し差止めを請求した。

一審判決（大阪地判平成17.10.24判時1911号65頁）は、本件では、多数のユーザーのために一つの録画を活用していることになるので、これは私的複製にはならないと判示した上で、ほぼ必然的に権利侵害の結果が生じる反面、直接侵害を排除・予防することが非常に困難である行為は、直接の著作隣接権侵害行為と同視できるということを理由に、著作権法112条1項の類推解釈として、直接侵害行為以外の行為の差止めを認めうるとして、侵害行為に必然的に結び付く行為に対しては、幫助行為であっても著作権者はその差止めを請求しうると帰結した。しかし、控訴審判決（大阪高判平成19.6.14判時1991号122頁）は、この法理で差止めを認めることはせず、カラオケ法理を使って差止めを認めた。控訴審判決は、この販売者が

装置の販売により個々の住居の居住者であるユーザーの複製の過程を技術的に決定支配しているとともに、販売後も安定的運用のために当該サーバー装置をネットに接続し、リモート・コントロールにより保守管理を行っていることも考慮して、販売保守業務等において利益を得ていることを理由に、販売者が行為主体であると認めたのである。

#### （五）ファイルログ事件

本件の原告は日本音楽著作権協会であり、被告はP2Pによるファイルの交換サービスを提供する有限会社エム・エム・オーである。事案の概要は、次のとおりである。被告が提供していたファイル交換サービス「ファイルログ」では、いわゆるP2P技術の中でも中央管理サーバーを必要とする初期の技術が用いられていた。具体的な原理は、会員が被告の配布するソフトウェアを使用して中央管理サーバーへアクセスすると、自らが共有設定をしているフォルダ内のファイル情報が中央サーバーへ送信される。会員は、所望のファイルを当該ソフトウェアを用いて検索することが可能であり、検索ワードを入力して中央サーバーに送信すると、同様に当該ソフトウェアを使用する他の会員が、共有設定をしているフォルダ内のファイル情報を検索し、ファイルを当該ユーザーの端末からダウンロードできるという内容のものであった。この過程において、被告の中央管理サーバーそれ自体には交換用のファイルが蔵置されていなかった。原告は、著作権及び著作隣接権侵害を理由に、ファイルログを提供する被告に対し差止め及び損害賠償を請求した。

一審中間判決（東京地判平成15.1.19平成14(ワ)4237）、控訴審判決（東京高判平成17.3.31平成16(ネ)405）ともに、被告の中央管理サーバーにファイルが蔵置されているわけではないが、利用者にとって本件クライアントソフトをインストールすることが不可欠であること、被告サーバーへの接続についても、本件クライアントソフトが必要不可欠であること、受信者が希望する電子ファイルの所在確認等に、被告サーバーが必要不可欠であること、サービスの利用方法について、自己の開設したウェブサイト上で説明し、ほとんどの利用者がその説明を参考にして、本件サービスを利用していること等の事実を総合して管理性を肯定し、また、当該サービス

の利用に必要な不可欠なソフトウェアを入手するためのウェブサイトから広告収入を得ていたことから、利益性も認め、被告がシステムにおける送信可能化及び自動公衆送信の主体であると帰結した。

#### (六) 録画ネット事件

本件の債権者は日本放送協会であり、債務者は有限会社エフエービジョンである。事案の概要は、次のとおりである。債務者は、海外在住者向けに、日本国内でテレビ番組を予め録画し、それをインターネット経由で海外で視聴するためのサービスを提供した。本件では、前述した選撮見録事件の場合のように一台のサーバーで複数のユーザー分を録画するのではなく、テレビチューナー付パソコンをユーザーの数だけ用意し、ユーザーがインターネットを経由して直接録画の指令を行うというものであった。これは単にテレビチューナー付パソコンの設置場所を提供しているのみであって、そこにユーザーのパソコンが設置され、ユーザーが勝手に録画しているに過ぎないと評価することもできよう。また、債務者はパソコンに専用のソフトを導入して本件サービスを使いやすいように特化しており、ユーザーが録画及び視聴のための指令をする際には、その都度必ず会員であるかどうかの認証等が必要とされていた。債権者は、著作隣接権侵害を理由として、債務者に対し差止めの仮処分を請求した。

抗告審決定（知財高決平成17.11.15平成17(ラ)10007）は、債務者が一つの録画システムを構築し、管理していることを理由に、複製の主体は債務者であると評価した。決定的な要素は次の四つである。1. サービスの性格。海外に居住する利用者を対象に、日本の放送番組をその複製物によって視聴させることのみを目的としたサービスである。2. システムの構築とその管理。本件サービスにおいては、債務者の事務所内に債務者が設置したテレビパソコン、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、有機的に結合して一つの録画システムを構築している。これらの機器類等は、すべて債務者が調達した債務者の所有物である。債務者は、このシステムが常時作動するように監視し、これを一体として管理している。3. 録画可能な放送範囲の債務者による決定。4. 利用者のアクセスやダウン

ロード等に対する債務者の主導性。利用者は、手元にあるパソコンから、債務者が運営する本件サイトにアクセスし、そこで認証を受けなければ、割り当てられたテレビパソコンにアクセスすることができない。

#### (七) まねきTV事件

本件の債権者は日本放送協会であり、債務者は株式会社永野商店である。事案の概要は、次のとおりである。被告は、海外在住の者に限らず、国内を含めて外出先あるいは放送波の届かない地域からもインターネットを介してテレビ放送の視聴ができるようなサービスを提供した。前述した録画ネット事件と異なる本件の最大の特徴は、サービスの提供に市販品を利用している点にある。本件では、ソニーが市販しているロケーションフリーテレビというものを使用した。この製品は、テレビチューナー付パソコンとは異なり、市販された状態でインターネット経由でテレビ放送の送受信ができるように仕組まれている製品であり、テレビ放送を受信してリアルタイムでインターネット回線経由で送信する機能を有するベースステーションと、ベースステーションに対して放送データの送信指令を送り、かつベースステーションからのデータを受信して視聴させる専用モニターもしくは専用ソフトウェアから構成されている。このサービスを利用するためには、ユーザーが自ら量販店等でロケーションフリーテレビ一式を購入した後、ベースステーションを事業者へ送付する必要がある。そして、利用者がベースステーションにアクセスする際の特別な認証手続は不要であった。債権者は、送信可能化権に基づいて、差止めを求めた。

仮処分決定（東京地決平成18.8.4平成18(ヨ)22022）及び抗告審決定（知財高決平成18.12.22平成18(ラ)10009）は、ベースステーションはユーザーが所有しているので、行為主体は事業者ではなくユーザーであると判断した。そのほか用いられているものは汎用品であって、本件サービスに特有の特別なソフトウェアは使用されていないし、一台のベースステーションから複数のモニターやパソコンに放送データが送信されることも予定されていない。また、被告が保管する複数のベースステーション全体が一体のシステムとして機能しているわけでもないし、利用者がベースステーションにアクセスする際に特別な認証手続を要求するなどして被告が放

送の視聴を管理することまではしていない、というのである。

#### (八) MYUTA 事件

本件の原告はイメージシティ株式会社であり、被告は日本音楽著作権協会である。事案の概要は、次のとおりである。原告が提供したのは、いわゆるストレージサービスをベースにしている。一般に携帯電話やモバイルのパソコンの記録容量は限られており、出張時等に大容量のデータを常時、持ち運ぶのには適していない。そこで、サービス提供事業者の管理するサーバーにデータを保存しておき、インターネット経由でアクセスできるようにしておいて、出張先等でそこを呼び出せば必要なファイルが読み込めるようにするのがストレージサービスである。原告サービス「MYUTA」は、ユーザーが保有する音源データを携帯電話で利用できる3G2ファイルに変換し、原告のサーバー経由で、ユーザーの携帯電話にCD等の楽曲データを保存することを可能とする。原告は音楽の著作権管理事業者である被告から警告を受けたため、被告は原告に対する差止請求権を有しない旨を確認する判決を求めて東京地裁に提訴した。

判決（東京地判平成19.5.16判時1979号100頁）は、原告のサービスにおいてMYUTAサーバーに楽曲を複製し、ユーザーの携帯電話に送信することは本件サービスにおいて不可欠の最終的プロセスであること、その複製行為、送信行為は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、ユーザーはどの楽曲を複製するか等の操作の端緒となる関与を行うが、本件サービスに不可欠なユーザーソフトの仕様やストレージの条件、送信の機能は原告によってシステム設計で決定されていること、ユーザーがCD等の楽曲の音源データを携帯電話で利用することは技術的に困難であるところ、原告が提供する本件サービスによってそれが可能になっていること等を理由として、本件サーバーに3G2ファイルを蔵置する複製行為の主体はユーザーではなく原告であると判断した。そのうえで、判決は、原告が提供するサービスは、被告の複製権及び自動公衆送信権を侵害するおそれがあるとして、原告の差止請求権等不存在確認請求を棄却した。

#### (九) ロクラク事件

本件の原告は東京放送株式会社と静岡放送株式会社であり、被告は日本デジタル家電株式会社である。事案の概要は、次のとおりである。被告は、自分の製造・販売しているテレビ番組録画機能付きの親機を日本の事務所に設置し、これに対応する子機を海外に住んでいる日本人に貸与又は譲渡した上で、親機で録画したテレビ番組をネットによって海外の利用者へ送信した。この過程において、利用者は勝手に子機の設定を変更することはできない。原告は、複製権及び著作隣接権侵害を理由として、被告に対しサービスにおいて原告らの特定のテレビ番組を複製の対象としない旨の差止めを請求したという事案である。

一審判決（東京地判平成20.5.28平成19(ワ)17279）は、次のように判示している。被告が海外の利用者に日本のテレビ番組を視聴させることを目的として本件システムを構築しており、本件システムは日本のテレビ番組を複製し、複製した番組データを海外へ送信することにおいて重要な意味を有する。本件モニタ事業実施時、親機ロクラクは被告事業所内に設置されていたが、そこでは、被告において、被告事業所のテレビアンテナ端子に分配機が接続され、分配機の各出力端子と各親機ロクラクのアンテナ入力端子が、アンテナ接続ケーブルで接続され、電源は、電源コンセントから供給され、各親機ロクラクと高速インターネット回線とは、ハブ及びルーターを介して接続されていたのであって、本件サービスと同様、本件モニタ事業において重要な意味を有する、親機ロクラクの録画（複製）機能を発揮するように、被告によって管理されている。また、本件モニタ事業終了後、親機ロクラクの設置場所は移動されたものの、被告は親機ロクラクの設置場所の選定、維持、環境整備等に関与しており、親機ロクラクを被告事務所に設置した場合と同様に、それらについて管理している。さらに、被告は、本件サービスによって、「初期登録料」及び「レンタル料」を取得している。以上から、東京地方裁判所は、複製行為の主体は直接利用者ではなく被告であると認定した。

しかし、知的財産高等裁判所は、侵害を認めた東京地裁の原判決を取り消し、侵害を否定する逆転判決を下した（知財高判平成21.1.27平成20(ネ)10055）。その理由は次のとおりである。被告が親機ロクラクとその

付属機器類を一体として設置・管理することは、被告が、本件サービスにより利用者に提供すべき親機ロクラク機能を滞りなく発揮させるための技術的前提となる環境・条件等を、主として技術的・経済的理由により、利用者自身に代わって整備するものに過ぎず、そのことをもって、被告が本件複製を実質的に管理・支配しているものとみることができない。また、親機ロクラクと子機ロクラクの間の通信の管理及び複製のための環境整備について、利用者が親機ロクラクを自己管理する場合（被告が本件複製を行っているものとみることができない場合）であっても同様に生じる事態を指摘するものに過ぎないから、これらの事情をもって、被告が本件複製を実質的に管理・支配しているものとみることができない。さらに、被告が初期登録料、毎月のロクラクⅡのレンタル料及び毎月の「ロクラクアパート」の賃料の各金員を受領しているとの事実をもって、被告が本件複製ないしそれにより作成された複製情報の対価を得ているものということとはできない。したがって、被告が提供する本件サービスは、利用者の自由な意思に基づいて行われる適法な複製行為の実施を容易ならしめるための環境、条件等を提供しているに過ぎず、利用者による本件複製をもって、これを被告による複製と同視することはできない。

## 二．著作権の間接侵害に関する日本の学説上の類型化及びその法理

### （一）著作権の間接侵害に関する日本の学説上の類型化

前述した従来の裁判例を踏まえて、日本の学説上は常に著作権の間接侵害を類型化しているが、諸々の学説のうち、最も有名なのは田村善之教授と吉田克己教授の学説である<sup>2</sup>。

田村善之教授は、著作権の間接侵害を次のように類型化している。

<sup>2</sup> 田村善之「著作権の間接侵害」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『著作権法の新論点』（2008年・商事法務）259～306頁、吉田克己「著作権の『間接侵害』と差止請求」田村善之編『新世代知的財産法政策学の創成』（2008年・有斐閣）253～308頁を参照。

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

上述のクラブ・キャッツアイ事件におけるカラオケスナックの行為がこの類型に該当し、この型の行為の特徴は、著作権の間接侵害の主体が自ら他人の著作物を直接利用したわけではないものの、他人の著作物を直接利用する行為を人的に支配ないし管理したという点にある。

#### 2．物的な利用手段を提供する者の責任が問題となる類型

上述のナイトバブ G7 事件と選撮見録事件における被疑侵害者の行為がこの類型に該当し、この型の行為の特徴は、著作権の間接侵害の主体が自ら他人の著作物を直接利用したわけではないものの、他人の著作物を直接利用する行為に対して物的な利用手段を提供したという点にある。

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

上述のファイルログ事件、録画ネット事件、まねき TV 事件、MYUTA 事件及びロクラク事件における被疑侵害者の行為がこの類型に該当し、この型の行為の特徴は、著作権の間接侵害の主体が自ら他人の著作物を直接利用したわけではないものの、他人の著作物を直接利用する行為に対して著作物の利用を誘発するシステムを提供したという点にある。

これに対し、吉田克己教授は、著作権の間接侵害を次のように類型化している。

#### 1．場所機会提供型の間接侵害

場所機会提供型とは、自ら物理的に侵害行為を行うわけではないが、場所や機会を提供した結果として自己が支配する領域で著作権侵害行為が行われた場合に、その場所や機会を提供した者の責任が問題になるケースである。上述のクラブ・キャッツアイ事件における被疑侵害者の行為がこの類型に該当し、この型の行為の特徴は、他人の著作物を直接利用する行為が場所や機会を提供する者の支配を受けているという点にある。

## 2. 道具提供型の間接侵害

道具提供型とは、自ら物理的に侵害行為を行うわけではないが、道具を提供した結果として著作権侵害行為が行われた場合に、その装置の提供者の責任が問題になるケースである。上述のナイトパブ G7 事件、ヒットワン事件及び選撮見録事件における被疑侵害者の行為がこの類型に該当し、この型の行為の特徴は、被疑侵害者が著作権侵害を必然的に惹起するような道具を提供しているという点にある。

## 3. システム提供型の間接侵害

システム提供型とは、著作物の私的使用目的の複製は適法であるとしても、そのような複製を行うシステムを構築してそのサービスをユーザーに提供する場合に、そのシステムを提供した者の責任が問題になるケースである。上述のファイルログ事件、録画ネット事件、まねき TV 事件、MYUTA 事件及びロクラク事件における被疑侵害者の行為がこの類型に該当し、この型の行為の特徴は、他人の著作物を利用する行為は私的使用を目的とする複製に該当するが、システム提供者はそのような複製を行うシステムを構築・支配し、私的使用を目的とする複製がそのシステムを媒介として大量に行われることを支配しているという点にある。また、私的使用のための複製のような適法行為ではなく、違法な著作権侵害行為を媒介するシステムを提供する場合にも、この類型の間接侵害が成立する余地がある。例えば、上述のファイルログ事件がその典型例である。

以上で紹介した二つの学説には若干の相違点がみられるものの、おおむね以下のようにまとめることができよう。すなわち、以上の学説は、著作権の間接侵害を「物理的な利用者の行為を支配ないし管理する者の責任が問われる類型」、「物理的な利用者に道具を提供する者の責任が問われる類型」そして「物理的な利用者にシステムを提供する者（システム提供者は、システムに対する管理ないし支配を通じて物理的な利用者の行為を管理ないし支配する）の責任が問われる類型」という三つの紛争類型に整理して分析することを提唱するものである。

## (二) 著作権の間接侵害に関する日本の学説上の法理

前述した従来の裁判例を概観してみると、被疑侵害者に対する差止請求を認容した事例及び損害賠償請求を認容した事例、あるいは差止請求と損害賠償請求とを同時に認容した事例に分かれているが、法理論的には、物理的な直接の利用行為者ではない被疑侵害者に対し、責任を追及することを正当化するため、日本の学説上は従来の裁判例を踏まえて、以下のような二つの法理（すなわち、被告の責任を追及する手法）を打ち出した。

### 1. カラオケ法理

カラオケ法理は、著作物の利用主体性を拡大する手法ともいわれる。初期のカラオケ法理は、管理支配性を根拠として、直接利用者に場所や機会を提供する者の利用主体性を認めたが、後期においては、直接利用者に著作権侵害をもたらさうるシステムを提供する者の利用主体性まで認められている。すなわち、前者の管理支配の対象は直接利用者であったのに対し、後者の管理支配の対象は著作権侵害をもたらさうるシステムなのである。カラオケ法理は、上記のクラブ・キャッツアイ事件における最高裁判決を踏まえて確立した法理だと評価されており<sup>3</sup>、この法理の当初の解釈によれば、被疑侵害者による場所や機会を提供する行為が次の二要件を満たす場合には、物理的には直接著作物を利用していない者であっても、法的な評価としては、直接の利用行為者であるとみなすことができる。

(1) 管理、支配性。すなわち、被疑侵害者は物理的な直接の利用行為（当該行為が私的使用等の適法行為であるか、それとも著作権の侵害行為であるかは問わない）に対して管理又は支配をなしており、物理的な直接の利用行為者は場所や機会を提供する者のいわば「手足」、すなわち道具とし

<sup>3</sup> 実際、クラブ・キャッツアイ事件の最高裁判決に先行して、管理支配性と利益性を要件として類似の法理を採用した裁判例がいくつか存在するが、地方裁判所の判決ゆえに注目されなかった。名古屋高決昭和35.4.27下民集11巻4号940頁[中部観光控訴審]、大阪高判昭和45.4.30無体集2巻1号252頁[ナニワ観光控訴審]、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]を参照。



て利用されている。確かに、上述のクラブ・キャッツアイ事件において、客に対する被疑侵害者の具体的な管理・支配性は、客が被疑侵害者と無関係に歌唱しているわけではなく、被疑侵害者の従業員による歌唱の勧誘、被告の備え置いたカラオケテープの範囲内での選曲、被疑侵害者の装置したカラオケ装置の従業員による操作を通じて、被疑侵害者の管理の下に歌唱していたということから窺える。

(2) 利益性。すなわち、被疑侵害者は物理的な直接の利用行為から利益を得ている。確かに、上記のクラブ・キャッツアイ事件において、このような利益性は、被疑侵害者が客の歌唱を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や醸成し、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ことから窺える。

上記のクラブ・キャッツアイ事件における最高裁の判決は、その後のカラオケ関係の事件でも踏襲されており、多数の下級審裁判例は、管理・支配性と利益性を満たす場合には、物理的には直接著作物を利用しない者であっても、法的な評価としては、直接の利用行為者であるとみなし、カラオケ法理の適用に積極的な態度を示した（高松地判平成3.1.29判タ753号217頁[まはらじゃ]、大阪高判平成9.2.27知裁集29巻1号213頁[魅留来控訴審]、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]、東京地判平成10.9.9知裁集30巻4号841頁[我々のファウスト]など）。田村善之教授は、カラオケ法理の意義について、第一に、差止請求を肯定しうること、第二に、物理的な利用者が著作権の制限規定を受ける場合にも侵害を肯定することができること、という二点を挙げる<sup>4</sup>ことができる。

なお、このカラオケ法理は、定立された当初から多数の学者や裁判官の痛烈な批判を受けており、上記のクラブ・キャッツアイ事件上告審の裁判官であった伊藤正己判事は補足意見において、カラオケ伴奏によりホステス等従業員が歌唱する場合に、営業主をもって、その演奏（歌唱）という

<sup>4</sup> 田村・前掲注2)266～267頁。

形態による音楽著作物の利用主体と捉えることには異論はなく、また、ホステス等が客とともに歌唱する場合も、ホステス等と客の歌唱を一体的に捉えて利用主体は営業主であると解することができるものの、客のみが歌唱する場合についてまで、営業主をもって音楽著作物の利用主体と捉えることは、いささか不自然であり、無理な解釈ではないかと明言した。そして、その実質的な理由として、店の従業員による歌唱の勧誘等の各事実を考慮しても、客は、営業主との間の雇用や請負等の契約に基づき、あるいは営業主に対する何らかの義務として歌唱しているわけではなく、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ことを指摘した<sup>5</sup>。換言すれば、客が営業主の管理の下に歌唱しているとはいえ、その管理は支配のレベルにまでは達していないのであるから、カラオケ法理のうち管理性は不十分な要件であると主張するのが伊藤判事の見解である。このような伊藤判事の補足意見に対しては、学界に好意的な見方がある。上野達弘准教授は、いわゆる「手足論」とは、他者による物理的な利用行為を雇用契約等の密接な支配関係ないし従属関係によって行わせていることに着目して、規範的な利用行為の主体と評価する法律構成であり、物理的な利用行為者が自由意思に基づいて任意に利用行為を行っている場合には、手足関係の存在が否定されるべきである。そうしてみると、クラブ・キャッツアイ事件における客も自由意思に基づいて歌唱行為をしているのであるから、ここに「手足」というほどの密接な支配関係があるということではできず、客による歌唱行為をもって営業主の歌唱行為と評価することは無理な解釈であると指摘している<sup>6</sup>。さらに、吉田克己教授も、カラオケ法理は擬制的性格が強過ぎると批判している<sup>7</sup>。

また、田村善之教授と吉田克己教授は、カラオケ法理の要件のうち、利益要件に対しても痛烈な批判を加えている。田村善之教授は、具体的に利

<sup>5</sup> クラブ・キャッツアイ事件上告審の判旨における伊藤正己裁判官の補足意見を参照。

<sup>6</sup> 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・2006年・発明協会）784～785頁を参照。

<sup>7</sup> 吉田・前掲注2)259～260頁。

益を上げていなくとも、侵害行為を管理しており、それを停止することができるのであれば停止すべきではないか、特にインターネットを考えると、営利目的がなかったとしても大規模な侵害行為を誘発することは可能であり著作権者に与える影響は変わらないのではないかと、と明言した。このような要素を考慮すると、カラオケ法理は管理要件だけで十分ではないかと主張するのが田村教授の見解である<sup>8</sup>。

一方、吉田克己教授は、手足論を通じて利用主体性の拡大が認められ、差止請求権が肯定されるという方向での解釈は、著作権侵害が現行法の著作物の利用行為に限定されず、著作権者の経済的利益を害する行為であれば著作権侵害を認めるという方向へ拡大解釈されることになる。この方向の下では、侵害行為と非侵害行為を切り分ける基準をどのように設定するかが重要な問題となる。そうすると、カラオケ法理においては、基本的には、著作物利用行為を物理的に行う者を「手足」として利用している関係、すなわち利用行為者の行為に対する支配性は必要と解すべきであると指摘した。さらに、利用行為者の行為に対する支配性が存在するか否かの判断において、指揮命令関係を内包した契約関係が存在するか否か、あるいは支配者による著作物利用行為の内容の決定やそのような利用行為を実施するか否かの決定を行いうるかが重要な判断要素になる。他方、この支配性が肯定されるならば、刑法上の間接正犯<sup>9</sup>のようにそれだけを根拠として支配者の利用主体性を肯定することが可能なのであるから、カラオケ

<sup>8</sup> 田村善之『著作権法概説』(第2版・2001年・有斐閣)178頁を参照。

<sup>9</sup> 支配行為を刑法上のいわば間接正犯的に把握する見解については、高部眞規子「著作権侵害の主体について」ジュリスト1306号115頁(2006年)を参照。いわば間接正犯とは間接実行犯ともいわれるが、他人を道具として利用し犯罪を行うことをいう。利用者と被利用者の間では共同正犯が成立しない。具体的には、以下のような場合である。一つは、行為無能力者又は制限行為能力者を道具として利用し犯罪を行うこと。例えば、甲が15歳の乙を教唆して窃盗を実行した場合、乙は刑事責任年齢に達していないから、共同正犯が成立しない。この場合には、甲が実行犯すなわち正犯である。もう一つは、故意のない者を道具として利用し犯罪を行うこと。例えば、医者甲が病人丙を殺害する目的で毒針を善意の看護士乙に渡したとする。乙が丙に注射した後、丙が死亡した場合、甲が間接実行犯であり、乙は善意の道具に過ぎない。

法理において言及される営業上の利益を得ることは、要件として不要と考えるべきであると主張するのが吉田教授の見解である<sup>10</sup>。

こうした批判を受けてか、後の下級審裁判例では利益要件がかなり緩和されている。例えば、上記のファイルログ事件の裁判所は、サービス自体は無償であっても、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れば利益要件は満たされたとした。

また、上記の録画ネット事件とMYUTA事件の裁判所は、被疑侵害者がいかなる利益も得ていないにもかかわらず、被疑侵害者を直接の利用行為者として認めた。まず、録画ネット事件において東京地方裁判所と知的財産高等裁判所は、事業者の事務所に事業者が調達し設置・管理する録画システムが設置されており、直接利用者の複製行為を管理していること等を理由に、複製行為の主体は事業者であると判断した。さらに、MYUTA事件の東京地裁は、被疑侵害者が提供するサービスにおいて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が、被疑侵害者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等を理由として、複製行為の主体はユーザーではなく被疑侵害者であると判断した。このように、利益要件が緩和された結果、カラオケ法理の適用範囲がさらに拡大したのである。実際、日本の最高裁判所がクラブ・キャッツアイ事件において確立したとされるカラオケ法理は、その展開過程において利益性の要件だけではなく、管理支配性の要件にも大きな変化がみられており、主な変化として次の二点が指摘できよう。

第一に、管理支配の対象が、初期には直接利用者の行為であったのに対し、システム提供型においては直接利用者の行為ではなく、著作権侵害をもたらすシステムに変化している。上記のファイルログ事件、録画ネット事件、まねきTV事件、MYUTA事件及びロクラク事件において被疑侵害者が提供したのが、このようなシステムとサービスである。吉田克己教授の観点によると、これらの裁判例において管理支配の対象に変化がみられたのは、直接利用者があくまでシステムの利用者であって、システムを利用するかどうか、どのように利用するかは、直接利用者の自由意思

<sup>10</sup> 吉田・前掲注2)296～297頁。

に依存する。また、システムについては当然に利用に関する一定のルールや制約がある。その限りで、被疑侵害者は、システム支配を通じて直接利用者の行為を管理支配していると評価することは不可能ではないとする。また、提供されるサービスの性格（著作権侵害の可能性がある行為のみを目的とするサービス）、著作物利用行為のための有機的一体的システムの構築と被疑侵害者によるその管理、著作物利用内容についての被疑侵害者による決定、著作物利用行為に対する被疑侵害者の主導性などの諸要素を総合考慮しながら、利用主体性の拡大を認めるべきか否かを判断すべきである。他方で、システム提供型においては、利益性もまた要件として必要とされると解すべきであり、著作物にただ乗りする形で利益を上げている事業者に対してだけ差止請求を認めるべきである、と吉田教授は指摘している<sup>11</sup>。

第二に、管理支配の対象の変化に伴い、日本の裁判例の中でも管理支配性を否定しつつ、幫助者についての利用主体性を否定した判決がいくつか登場している。その典型例として、上記のまねき TV 事件一審判決とロクラク事件控訴審判決を挙げることができよう<sup>12</sup>。

## 2. 幫助侵害法理

幫助侵害法理は、民法上の共同不法行為理論を知的財産法の分野に適用する方策であり、それ自体は新たな理論ではない。日本民法719条2項は、行為者を教唆した者及び幫助した者を共同行為者とみなすと規定しており、共同不法行為によって他人に損害を加えたときは、各自が連帯してそ

の損害を賠償する責任を負うという構成を採用している。この条文に関する日本の民法学上の理解によれば、教唆した者又は幫助した者の共同不法行為が成立するには、次の要件を満たす必要がある。(1) 教唆された者又は幫助された者の行為が不法行為であること、(2) 教唆する行為又は幫助する行為が存在すること、(3) 教唆した者又は幫助した者に主観的過失が存在すること、という要件である。例えば、上記のナイトパブ G7 事件、ヒットワン事件及び選撮見録事件の裁判所は、民法上のこの法理を明示的に適用している。

もともと、幫助侵害法理に基づき場所、道具、サービスやシステム等提供者の責任を追及するときに、日本の学説上は、次の二点について全く異論がない。一つは、民法719条と709条に基づき、教唆した者又は幫助した者に損害賠償責任を負わせることがあること、もう一つは、民法の共同不法行為責任を追及する限り、直接の不法行為が存在することが前提とされ、物理的な直接の利用行為が合理的な利用行為に該当する場合は、共同不法行為が成立しない、という点である。

しかし、幫助侵害法理に基づき、教唆した者又は幫助した者に対する差止請求権を認めるべきかという問題については、学説上、肯定説と否定説が対立している。肯定説を採用した裁判例としては、上記のヒットワン事件の大阪地裁判決と選撮見録事件の大阪地裁判決がある。これら二つの判決の共通点は、直接的行為に対する差止めが困難である場合に、道具等提供者の行為が著作権侵害行為に密接な関わりを有することなどの要素を考慮して、道具等提供者を日本著作権法112条1項における著作権を「侵害する者又は侵害するおそれがある者」として解釈する形で差止めを認めたとする点である。このような大阪地裁の二つの判決は、民法専攻の吉田克己教授から好評を受けた。吉田教授は、この二つの判決から看取される差止請求権を基礎付ける要素をやや抽象化して抽出すると、差止めの必要性和侵害行為の要保護性の低さということになると指摘した。ここでいう差止めの必要性というのは、幫助行為を停止させなければ直接の侵害行為を停止させることが社会的に不可能であることをいう。また、二つの判決が明示するわけではないが、被侵害利益の重大性も当然に考慮要素に入ってくると考えるべきである。他方、侵害行為の要保護性の低さには、販売停止の容易性や販売についての小ささといった要素が入ってくる。これら

<sup>11</sup> 吉田・前掲注2)296～298頁。

<sup>12</sup> 日本の学説上は、ロクラク事件の控訴審判決が従来のカラオケ法理ではなく、新たな法理すなわち総合考慮型の法理を適用したと主張する見解もある。佐藤豊「著作物の適法利用のための手段提供の是非—ロクラクII事件控訴審判決を題材に—」知的財産法政策学研究26号(2010年)を参照。しかし、知的財産高等裁判所が本件において、被疑侵害者が本件複製を行っているものと認めるべきではないと述べた上で、被疑侵害者が提供する本件サービスは、適法な複製行為の実施を容易ならしめるための環境、条件等を提供しているに過ぎないと判示したことは、実際のところ、提供されたシステムに対する被告の管理支配性を否定したに過ぎず、本判決も結局はカラオケ法理の変容といえよう。

の要件は、被侵害法益にもつら着目するものではなく、道具等提供者の行為に対する差止めを肯定しようとするれば、当事者双方の利益について総合判断をせざるをえない。それは、この判断構造が民法上の絶対権侵害の場合の判断構造とは異なる。確かに、道具等提供者の行為は、著作権が確保する著作権者の利益を侵害するものと考えられるが、日本著作権法は、このような利益侵害を直接に著作権侵害とする考え方を採用していない。他方で、道具等提供者の行為それ自体は著作権の支分権侵害行為と評価することができない。そのような状態を前提として、道具等提供者の行為に対する差止めを肯定しようとするれば、差止めの必要性や侵害行為の要保護性に視点を移した総合判断をせざるをえない、と考えるのが吉田教授の見解である<sup>13</sup>。

他方で、他の視点からこの説に賛成する見解もみられる。例えば、田中豊弁護士は、著作権等が著作物を独占的に支配できる権利であることから、この独占的支配を確保する手段として、著作権等の円満な享受が妨げられている場合、その妨害を排除して著作物の独占的支配を維持、回復することを保障した制度であるということができるところ、物権的請求権の行使として当該具体的行為の差止めを求める相手方は、必ずしも当該侵害行為を主体的に行う者に限られるものではなく、幫助行為をする者も含まれるものと解しうる。実効性という観点からは、現に侵害行為が継続しているにもかかわらず、このような幫助者に対し、事後的に不法行為による損害賠償責任を認めるだけでは、権利者の保護に欠けるものというべきであり、また、著作権法112条1項の規定からも、上記のように解することに文理上特段の支障はないと明言した<sup>14</sup>。

これに対し、否定説を採用した裁判例としては、上記のナイトパブ G7 事件、スターデジオ第二事件東京地裁判決及び2ちゃんねる小学館事件<sup>15</sup>が参考になる。上記のナイトパブ G7 事件において最高裁判所は、被告に対

する差止めの可否について一切言及していないが、東京地方裁判所はスターデジオ事件と2ちゃんねる小学館事件において、権利者による差止請求を否定した。その理由の中心は、次の二点である。その一は、日本の著作権法112条1項によって差止めが認められるのは、21条から28条までの形式的に支分権に該当する行為に限定され、これを著作権者の経済的利益実現などの実質的観点から拡大するのは、法律解釈の限界を超える、という議論である。その二は、民法上の物権的請求権とのアナロジーである。つまり、「民法上、所有権に基づく妨害排除請求権は、現に権利侵害を生じさせている事実をその支配内に収めている者を相手方として行使し得るものと解されているものであり、このことからすれば、著作権に基づく差止請求権についても、現に侵害行為を行う主体となっているか、あるいは侵害行為を主体として行うおそれのある者のみを相手方として、行使し得るものと解すべきだからである。」ということである。この裁判所の判決は、同様に一部の学者の支持を得ており、例えば、田村善之教授は、民法719条と709条は、著作権の直接侵害行為に対して教唆ないし幫助した者に損害賠償責任を負わせることには全く問題がないが、民法の不法行為に該当するという点だけを理由に差止請求を認めることは困難であると指摘した<sup>16</sup>。その他、高部眞規子裁判官も、東京地方裁判所における否定説を支持したのである<sup>17</sup>。

ともあれ、否定説は、学説はともかく、裁判実務として主流を占めており、肯定説は、前述した大阪地裁の二判決を除けば、他の裁判所の支持を得ていない。

### 三. 検討

ここまでは、著作権の間接侵害に関する日本の裁判例や学説の動向について概観してきた。以下では、これらの裁判例と学説について検討を加えることにしたい。

<sup>16</sup> 田村・前掲注2)260～261頁。

<sup>17</sup> 高部・前掲注9)126～128頁。

<sup>13</sup> 吉田・前掲注2)300～302頁。

<sup>14</sup> 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2頁(2001年)、同「著作権の間接侵害—実効的司法救済の試み」コピライト520号7頁(2004年)を参照。

<sup>15</sup> 東京地判平成16.3.11判時1893号131頁[2ちゃんねる小学館]。

### (一) 日本における著作権の間接侵害問題の由来

以上の考察に従えば、日本における著作権の間接侵害問題の焦点は、次の二点に絞ることができよう。一つは、物理的な直接の利用行為者に対して、場所、道具、サービスやシステム等を提供する者は著作権の侵害主体となりうるのか、もう一つは、仮に道具等提供者の侵害主体性が認められるならば、差止請求は可能なのか、という論点である。これらの問題をめぐって、日本の裁判例及び学説において活発な議論がなされてきたが、それはいかなる原因によるものであろうか。それを簡単にまとめると、次の点を指摘することができる。

#### 原因一：日本著作権法における著作権侵害の枠組み

日本特許法101条は、特許権の間接侵害に該当する行為を明文で規定しているのに対し、日本の著作権法では、特許法のような著作権の間接侵害に該当する行為を明文で規定していない。具体的には、日本著作権法は21条から28条までの規定において、著作者の専有すべき権利として、複製権、上演権及び演奏権、上映権、公衆送信権、口述権、展示権、頒布権、譲渡権、貸与権、翻訳権及び翻案権などの権利を細かく列挙している。また、日本著作権法112条1項は、第三者が著作物の利用行為を著作権者の許諾を得ずに行った場合のみに、著作権侵害が成立し、著作権者又は著作隣接権者はその侵害の停止又は予防を請求することができる」と規定している。さらに、日本著作権法113条にも、侵害とみなす行為が列挙されているに過ぎない。その結果、これらの規定に直接に抵触しない行為、例えば著作物の物理的な利用者に対して、場所、道具、サービスやシステム等を提供する行為が著作権侵害となりうるのか、仮に侵害するとすれば、また差止請求の可否が問題となる。

#### 原因二：教唆・幫助する行為に対する差止めの可否をめぐる日本の学界の議論

中国の民法学者と知的財産法学者は、侵害行為を直接侵害と間接侵害とに区別することに積極的な態度を示しているわけではない。それは、中国の民法通則が請求権ではなく、民事責任を中核とする構造であり、教唆者

又は幫助者に差止め等の責任を追及することは、めったに問題にならないからである。また、過去の裁判例をみても、教唆者又は幫助者に共同不法行為責任を追及する限り、差止請求まで肯定する裁判例がほとんどである。これに対し、民法の共同不法行為に関する日本の規定は、全く違う構造となっている。日本民法719条と709条は、教唆者又は幫助者の共同不法行為が成立する場合、連帯して損害賠償の責任を負うべきことについては規定しているが、その場合に差止請求は可能なのかについては明文の規定がない。このような立法枠組みであるから、裁判官と裁判官、学者と学者の間では、差止請求の可否をめぐって激しい論争を続けてきた。例えば、著作権法の分野において、一部の裁判官と学者の間では、著作権法112条1項の類推適用によって、教唆者又は幫助者に対する差止めを認めるべきと主張する見解がみられる。これに対し、多数の学者と裁判官は、教唆者又は幫助者に対する差止めの可否について立法上は不明確であるので、著作権法112条1項によって差止めを認めるのは、法律解釈の限界を超えると指摘し、反対の意見を示している。

#### 原因三：著作権の間接侵害の責任追及の実効性

著作物を直接利用する者以外の者に侵害責任を負わせるということには、次のような三つの効果がある。一つ目は、一網打尽効果である。例えば、多数の直接侵害行為が存在する場合、これを著作権者がいちいち捕捉するのは現実的に不可能である。仮にそうしたところで、場所、道具、システムやサービスの提供自体をやめさせてしまうことができれば、いわば一網打尽にすることができるわけである。二つ目は、隠れ蓑対策効果である。例えば、直接利用行為が、権利制限規定等によって適法である場合、それを利用して儲けている第三者がいるとする。この場合、権利者からみると、その第三者は直接利用者を隠れ蓑として利益を上げている。このようなことを許さずに、隠れ蓑の後ろから引っ張り出してくるために、間接侵害が必要とされるわけである。三つ目は、Deep Pocket 効果である。例えば、直接利用者から個別に利用料を徴収することは、現実問題として無理だとする。このような場合、権利者としては個別の直接利用者を相手に

するのではなくて、サービス提供者から利用料を一括して徴収したいと考えるのが合理的である<sup>18</sup>。これが、著作権の間接侵害に求められる三つの効果である。

以上の原因一、原因二は法律上の問題であるが、原因三は経済上の原因である。両者を比較してみると、後者の方が決定的であるということが分かる。そもそも、デジタル化及びインターネット化という時代の流れを背景に、公衆がより低いコストで著作物を自由に複製し、送受信することが可能となった現代社会において、産業界さえこのような公衆の行為に対して簡便な道具、システムやサービスを提供するならば、著作権者に不当に経済的不利益を与える可能性が高まる。また、著作物に対する著作権者の支配力が相対的に弱まり、公衆の合理的な利用に関する著作権法の規定も変わらない現時点において、著作権者が多数の侵害行為を個々に捕捉するのは現実的に不可能である。仮に可能であるとしても、訴訟費用、技術等の制限を受けるため、それを実施するのにかなりの困難が伴う場合、一般公衆ではなく、場所、道具、システムやサービス等の提供者に矛先を向けるならば、効果としては、後者の方が望ましいかもしれない。このように、著作権者が訴訟の矛先を公衆ではなく産業界に向けたということは、利益関係が元の著作権者—産業界—公衆という三者関係から著作権者—産業界という二者関係へ変容したということの意味し、このような場合には、必然的に著作権の間接侵害問題が多数誘発されることになる。

## (二) カラオケ法理と幫助侵害法理の検討

### 1. カラオケ法理の検討

日本のカラオケ法理の下で場所等提供者が問われる責任は、アメリカの判例法上のいわゆる代位責任とは大きく区別される<sup>19</sup>。代位責任の適用に

<sup>18</sup> 奥邸弘司「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—」コピライト582号5～6頁(2009年)を参照。

<sup>19</sup> 日本における間接侵害とアメリカにおける間接侵害の区別は二つある。一つは、アメリカでは、幫助侵害であれ、代位責任であれ、寄与侵害であれ、いずれも物理

是三つの前提がある。第一に、物理的な直接の利用行為が不法行為であること。第二に、直接の侵害行為をコントロールする権利と能力があること。第三に、直接の侵害行為から経済的な利益を受けていること。直接の侵害行為を知っていたかという主観的要素は代位責任の要件ではない。したがって、代位責任が適用される前提は、物理的な直接の利用行為が著作権侵害を構成することである。これに対して、日本のカラオケ法理は、物理的な直接の利用行為が著作権侵害を構成するか否かを問わず、管理ないし支配の関係があることを前提に、利益性要件を満たさない場合にも、管理ないし支配した者は侵害責任を問われることになっているから、その適用はアメリカの代位責任よりも厳しい法理といえよう。そうすると、日本の学者が批判したとおり、日本のカラオケ法理とその変容は、場所、道具、システムやサービス等提供者の侵害主体性問題は解決したものの、支配性ではなく管理性にに基づき場所等提供者の規範的な直接の利用主体性を認めることは、擬制的性格が強くなり、技術の進展や産業の発展には不利である。その結果、技術の進展や産業の発展が妨げられ、技術の進歩がもたらした恩恵を公衆が十分に享受しえなくなる。正に学者が指摘したように、間接侵害を理由とする著作権者の差止請求権を認めれば、「混獲現象」という副作用が生じ、被疑侵害者の行為を一網打尽にしたときに、侵害ではない直接利用行為をも禁圧する可能性がある<sup>20</sup>。それゆえ、吉田克己教授は、行為支配型については、基本的に、著作物利用行為を物理的に行う者を支配している関係が必要であり、システム支配型については、著作物利用行為に対するシステム等提供者の支配性だけでなく、利益性もまた要件として必要とされると指摘したのである。しかし、このような制限を設定しても、道具等提供者のリスクは変わらないと思われる。

的な直接の利用行為が著作権侵害を構成することが前提とされている。もう一つは、差止請求の可否をめぐって、アメリカでは、差止めは衡平法上の救済手段に該当し、eBay事件連邦最高裁判決においても、四つの要素が考慮され、裁判所が間接侵害者に差止めを命ずることは可能である。これに対し、日本では立法上の問題であって、著作権者が間接侵害者に対して差止請求権を行使することがあるのかという問題については議論が分かれている。

<sup>20</sup> 奥邸・前掲注18)6頁。

他方で、カラオケ法理に基づき、道具等提供者を著作物の「利用主体」として擬制するならば、その行為は著作権者の権利に対する直接侵害行為に該当するはずである。にもかかわらず、日本の学界において、このような道具等提供者の行為を「著作権の間接侵害行為」と称することには、いささか違和感を感じるところがある。

## 2. 幫助侵害法理の検討

道具等提供者に著作権の間接侵害の責任を負わせるという日本の幫助侵害法理は<sup>21</sup>、決して新たな法理とはいえないが、その適用には次の二点に注意すべきである。一つは、道具等提供者の注意義務の問題である。そもそも、道具等提供者の注意義務の限界線をどこで引くべきかという問題は、道具等提供者に主観的な過失があるかどうか、幫助侵害が成立するかどうかを判断するための鍵である。上記のナイトパブ G7 事件やヒットワン事件の判決をみると、日本の裁判所は常に、道具等それ自体の危険性、被侵害利益の重大性、利益の有無、侵害の予測可能性、及び侵害回避の可能性等の要素を総合考慮した上で、被告側に注意義務があるかどうかを判断している。このような判断手法は、中国において一部の裁判所が単純な方法によって道具等提供者の主観的な過失の有無を判断する傾向に対して、有益な教訓を示唆している。もう一つは、著作権者に対して、道具等提供者に対する差止請求権を行使させてよいのかという問題である。この問題には、道具等提供者の自由行為の限界と公衆の利益が関わっており、そう簡単に決着のつく問題ではない。日本では、類推解釈の手法を採用して、道具等の提供行為に対して差止めを認めた裁判例がいくつかあるが、学説はともかく、裁判実務として決して主流を占めているとはいえない。両国の立法枠組みが違うとはいえ、中国において共同侵害が成立するならば、直ちに教唆者又は幫助者に差止め等の民事責任を負わせるという裁判例の

<sup>21</sup> アメリカにおいて幫助侵害責任を追及するには、二つの要件を満たす必要がある。その一つが、幫助者が直接の著作権侵害を知っているにもかかわらず、侵害に対し重大な幫助を提供することである。重大な幫助には、著作権侵害が発生するおそれのある機器の販売行為、著作権侵害を誘発する機器の販売行為等が含まれる。したがって、寄与侵害は幫助侵害の一類型に過ぎない。

やり方はもう一度見直す必要がある。

しかし、幫助侵害法理の適用において、日本の裁判所と学者は、幫助侵害の性質だけを非常に重視し、共同侵害の形態を重視しなかったゆえに、著作権者が幫助侵害行為者に対して差止請求権を行使することがあるのかという問題が生じ、さらにこの問題を解決するために、いわゆるカラオケ法理を打ち出したのである。その結果、他人の合理的な利用を幫助する行為が独自に間接侵害の責任を問われることになり、裁判実務において権利者は、道具等提供者だけを相手として訴訟を提起するようになった。すなわち、裁判所は幫助行為により提起された訴訟を共同訴訟として処理する必要がなくなったのである。

### (三) 著作権の間接侵害に関する日本の裁判例と学説が中国に与える示唆

著作権の間接侵害に関する日本の裁判例と学説は、まだ様々な問題を抱えているとはいえ、中国に対して次のような示唆を与えていると考えられる。

#### 1. 立法論と解釈論の区別

日本では、裁判実務であれ学説であれ、法律の厳格な適用が重視され、研究方法においても、立法論と解釈論が区別されている。鈴木賢教授の見解によると、立法論とは、「立法者の立場から、未来に相応しい最善の法律を研究し、思考することをいう。例えば、最善の条文は何かを研究し、思考した上で、具体的な条文の設計を行う。このような研究方法が立法論である。さて、解釈論とは何か。それは、裁判官の立場から、現行法の枠組内で現行法について論理的な類推を行い、現実的に発生する法律問題、法律紛争等に対応する説得力のある最善の結論を導き出すことをいう。このような研究方法が解釈論である。」<sup>22</sup>

換言すれば、立法論は自分を立法者として仮定し、現行法の瑕疵を指摘

<sup>22</sup> 鈴木賢「中国の立法論と日本の解釈論—日本民法典はなぜ百年も続いたのか—(中国的立法輪和日本的解釋論—为什么日本民法典可以沿用百多年之久—)」渠濤編『中日民商法研究』(第2巻・2004年・法律出版社)538頁を参照。

した上で、それに対応する改正案を模索するものである。これに対し、解釈論は自分を裁判官として仮定し、現行法を合理的に解釈した上で、具体的な事件を捉えようとするものである。立法論と解釈論の具体的な区別として、(1) 立法論は法律の制度設計を重視するのに対し、解釈論は法律の運用を重視すること、(2) 立法論は完全無欠な法律の存在を肯定するのに対し、解釈論は完全無欠な法律の存在を否定していること、(3) 立法論者は理性至上主義者であるのに対し、解釈論者は理性至上主義者ではないこと、(4) 立法論は判例研究を重視しないのに対し、解釈論は法律の不足や漏れを補うため、判例研究を非常に重視すること、などを挙げることができる。このような差異から、鈴木賢教授は、立法論の思惟や方法の支配下では、組織的に政策立法できる法律の専門家は育成されやすいが、優秀な法解釈の専門家は育成されにくい、一方、解釈論の思惟や方法の支配下では、法解釈の専門家は育成されやすいが、新たな法律を設計できる人材は育成されにくい、と指摘する<sup>23</sup>。

実際、日本において著作権の間接侵害を認めるか否か、認めたとして差止めまでも認めるか否か等の問題が争われる主な原因の一つは、日本の法学者が立法論と解釈論を厳格に区別するのに慣れているからであると思われる。前述のとおり、日本の著作権法は特許法とは異なり、明示的に著作権の間接侵害を規定していない。著作権の間接侵害行為を認めるか否かは、著作権者、産業界及び公衆という三者の利益を左右するため、日本の裁判所は著作権の間接侵害に関する事件を審理する際に、著作権法に明文の規定がないことを理由に、産業界の被疑侵害者が原告の著作権を侵害しないと簡単に結論付けてはいない。むしろ、個々の事件の具体的な事情を考慮し、現行の著作権法上の条文も十分に解釈した上で、それに対応する判決を下すものが多い。法解釈を通じて著作権法の不足が補足され、妥当な事件処理が行われる一方、具体的な事件に関する判決を通じ、当事者、特に産業界に規範的な行為予測を明確に提示し三当事者間の利益関係を調整したことにより、この問題に関する今後の立法政策にとって貴重な経験となっている。そして、カラオケ法理は利用主体性の拡大と司法機関の権利拡大という弊害を生んでおり、幫助侵害法理の類推解釈によって場所、

<sup>23</sup> 鈴木・前掲注22)539頁。

道具、システムやサービス等提供者に差止責任を追及する方法も、産業界や公衆に不利益を与える可能性があるとはいえ、総体的にみると、日本において立法論と解釈論を厳格に区別する思惟と方法は、中国の司法機関に対して有益な示唆を与えている。というのは、中国では明文の規定がない場合、あるいは規定が明確ではない場合には、権利者の主張を簡単に棄却するか、あるいは現行法に関して勝手な解釈を行うのが司法機関の一貫したやり方であるからである。言うまでもなく、このような傾向は、新たな問題が生じた場合、権利者、産業界及び公衆という三者の利益関係を調整するには不利である。また、中国の学界が立法論のみを重視し、解釈論を軽視した結果は、理論研究の成果が法実務から離れる傾向にある点に顕れている。このことも、法の適用に際して理論的な示唆を提供すること、及び司法の進展を大きく妨げる要因となっている。

## 2. 司法機関の役割

日本の司法機関は、法の適用や紛争解決の役割だけでなく、法の適用や紛争解決を通じて予測可能性の向上や法的な価値判断を行うという役割も果たしている。著作権の間接侵害は著作権者、産業界及び公衆という三者の利益と関連する。日本の著作権法には、著作権の間接侵害に関する明文の規定が存在しないため、司法機関が著作権法をいかに解釈するのか、どのような判決を下すのかは、今後の行為指導や価値判断の重要な参考となる。そこで、著作権者、産業界及び公衆という三者の利益を調整するために、日本の司法機関は、著作権者に一方的に有利な判決が技術の進展や産業の発展を妨げる場合、以下に示す一連の裁判例では、具体的な事案との関係から他の法理を導入して、産業界に有利な判決を下す傾向にある。これは、逆の場合も同じである。上記の選撮見録事件、録画ネット事件、まねきTV事件及びロクラク事件の判決から日本の裁判所のこのような傾向を窺うことができる。このような役割分担の下で、日本の裁判官はよく似たケースにおける他の裁判所の判決を非常に重視しており、この点は中国の裁判官が参考にすべきものである。

## 3. 直接侵害と間接侵害の区別

日本において直接侵害と間接侵害を区別する意義は、著作権の間接侵害



者に対する差止請求権を認めるべきかどうかという点にある。ここで、仮に著作権の間接侵害者に対する差止請求権を認めるとすると、その差止めの範囲はともかく、事実上は場所、道具、システムやサービスの提供者が公衆に対してそれなりの場所、道具、システムやサービス等を提供する行為が禁止されることを意味する。そうすると、上記の各事件で述べたようなファイル交換技術、選撮見録、ストレージ技術等が実際の生活に応用されにくくなり、結局は技術の進展や産業の発達が妨げられ、技術の進歩がもたらした恩恵を公衆が十分に享受しえなくなるかもしれない。それゆえ、日本の学説では、現行法の規定に基づき著作権者の差止請求権を認めるべきかをめぐって激しく議論されており、日本の裁判所も、著作権の間接侵害行為に対して差止責任を負わせることに関して慎重な態度を示している。

中国の民法通則は、請求権ではなく民事責任を中核とする構造となっている。中国の司法機関は、常に共同侵害理論に基づき道具等提供者の責任を追及しており、共同侵害が成立するならば、直ちに道具等提供者に差止責任、すなわち道具の生産、販売を停止させる等の責任を負わせる裁判例がほとんどである。このような共同侵害理論は、直接の利用行為者のところで著作権侵害が成立することを前提にするため、道具等提供者に対して侵害責任を追及できる範囲は狭くなったかもしれないが、道具等提供者の行為が共同侵害行為を構成するとして、一律に差止責任を負わせることは、産業界や公衆の利益に不利である。したがって、直接侵害と間接侵害を区別する積極的意義に着目し、差止請求権の行使できる条件や範囲等を真剣に考えることは、中国における共同侵害理論の補完にも有益であると思われる。

#### (四) 立法論上の問題：著作権の間接侵害をどのように考えるか

日本の著作権法には、著作権の間接侵害に関する明文の規定が存在しない。それゆえ、日本の裁判所は、解釈論として著作権の間接侵害を觀念することに慎重な態度を示している。裁判例の蓄積による裁判秩序の形成であるがゆえに、類似の事実関係を有する紛争に関して、裁判例が示す結果

が全く異なっている事例も現れており、上記の録画ネット事件とロクラク事件がその典型例である。これら二つの事案はほとんど変わらないが、知的財産高等裁判所は、録画ネット事件では侵害を肯定し、ロクラク事件では侵害を否定する判決を下したのである。このような司法判断の不安定性に対応して、日本の学説には、著作権の間接侵害に関して立法的解決を期待する見解もみられる。例えば、吉田克己教授は、カラオケ法理は行為支配型の事件に限定されるべきであり、システム支配型においては、システムに対する支配性だけでなく、利益性もまた要件として必要とされると明言した<sup>24</sup>。一方、田村善之教授は、カラオケ法理は、直接、人的な関係により物理的に利用行為者を支配している場合に限って適用されるべきであると指摘している。それは、人的な支配関係があるとすれば、カラオケ法理は、違法行為をなすか否かということを意思的に決定している人的主体を炙り出しているに止まり、誰かが適法に決定した行為を、他の者が関与したために違法行為に転化するということにはならないからである。他方で、人的な関係による行為者に対する支配が認められず、利用行為に供される装置やサービスが提供されるに止まる類型では、カラオケ法理ではなく、むしろヒットワン事件や選撮見録事件のように、違法行為があることを前提にして、専用品に限って差止めを肯定するか、あるいは多少拡げて多機能型の装置に対しても差止めを認めるとしても侵害にのみ供されるところを中心に差止めを認めるべきである。このような手法は、法が違法だとする行為を抑止するに止まり、直接の利用行為を違法とする法の判断を忖度することができると思うのが田村教授の見解である<sup>25</sup>。他にも、立法的検討を進めている見解があるが、有力な解決案は提出されていない<sup>26</sup>。

一方で、日本の文部科学省文化審議会著作権分科会法制問題小委員会も、この問題について検討を加えており、2006年1月と2007年10月の二回にわたって報告を行った。そのうち、2006年1月の報告は、カラオケ法理に基づき侵害主体性を肯定した一連の裁判例、侵害行為の幫助者に対する差止

<sup>24</sup> 吉田・前掲注2)297～298頁。

<sup>25</sup> 田村・前掲注2)294～295頁。

<sup>26</sup> 高部・前掲注9)129～133頁。

請求を肯定した裁判例と否定した裁判例、及びヨーロッパ連合、アメリカ、イギリスの法制について検討を行った<sup>27</sup>。これらの検討状況を踏まえた上で、日本特許法101条1号・3号に対応するように、著作権侵害を必然的に惹起するような専用品を生産する行為を著作権の侵害行為とみなすべきという基本的な方向性を示したが、具体的に何が「著作権侵害を惹起する専用品」なのかについては言及していない。これに対して、2007年の報告は、カラオケ法理を過度に拡張適用すれば、差止めの範囲が拡張され、予測可能性の欠如を招くことを指摘した上で、立法の方向性については、以下のような選択肢について検討を行った。

- ア 著作権法112条において、差止請求の対象となる「侵害」に、自ら（物理的に）利用行為をなすことによるもの以外にも一定の範囲のものが含まれる旨を規定
- イ 著作権法113条において、いわゆる「間接侵害」行為に該当する一般的な行為類型について、侵害とみなす行為として規定
- ウ 著作権法113条において、いわゆる「間接侵害」行為に該当する具体的行為類型について、侵害とみなす行為として規定
- エ 新設規定として、いわゆる「間接侵害」を行う者に対して、裁判所が措置命令を行うことができることとする旨規定<sup>28</sup>

2007年の中間まとめは、各選択肢のメリットとデメリットについて分析した上で、イヤウのような考え方は、著作権の支分権の及ばない範囲まで権利の効力を実質的に拡張する規定であるから、具体的に列記することによって反対解釈を招くおそれがある。また、一般的に規定することについては、著作物の利用形態が多様であることから、外縁が不明確となりかねないなどの問題が存在する。そうすると、法的継続性の見地からも、アに示すように、著作権法112条において差止請求の対象を明確化することが

<sup>27</sup> 文部科学省文化審議会著作権分科会報告書第1章第5節司法救済ワーキングチーム [http://www.mext.go.jp/b\\_menu/shingi/bunka/toushin/06012705/002/005.htm](http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/toushin/06012705/002/005.htm).

<sup>28</sup> 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会平成19年度・中間まとめ [http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/housei\\_chuukan\\_1910.pdf](http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/housei_chuukan_1910.pdf).

妥当であり現実的である、と指摘した。

また、2007年の中間まとめでは、立法の方向性の検討に当たり、いかなる行為をもって「侵害」と評価するか、その構成要件及びその判断基準についても、以下のような意見があった。

- a 管理支配性及び侵害発生の蓋然性（及びその旨の認識）を総合して判断すべき
- b 権利侵害と行為との間の相当因果関係を有する教唆又は幫助に当たるかを基準とすべき
- c 相当因果関係とともに支配ないし管理の関係の有無を併せて基準とすべき
- d 侵害行為への関与の蓋然性（客観的要件）と当該関与行為の認識（主観的要件）を基準とすべき

しかし、これらの意見は、2006年の報告と同様に、一定の結論を導くには至らず、日本において、新たな立法政策の形成まではおそらく時間がかかるだろう。

さて、道具等提供者の著作権侵害責任をどのように追及すべきであろうか。前述したとおり、この問題を考えるには、常に次の二点を念頭に置かなければならない。一つは著作権の直接侵害行為に対して道具等を提供した者の責任問題と、もう一つは適法な行為に対して道具等を提供した者の責任問題である。これらの問題を解決するためには、まず、共同不法行為について理解しておく必要があるように思われる。

いわゆる「共同不法行為」は、民法上の不法行為の一形態であり、複数の加害者が同時に共同して他人の権利又は利益を侵害することをいう。もっとも、共同不法行為の成立に関しては、学説上、客観説と主観説が対立している。客観説は、不法行為が共同で行われたことで足り、共謀といった不法行為者間の主観的な認識を必要としないとする説である。これに対し、主観説は、共同不法行為が成立するには、不法行為が共同で行われることだけでなく、共謀といった不法行為者間の主観的な認識が必要であるとする説である。

さて、中国の司法解釈は、人格権侵害の認定において客観説を採用して

いる。2004年、最高人民法院が頒布した「人身損害賠償事件の審理に当たって適用される法律に関する若干の問題の解釈(关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释)」において、第3条は、「二人以上の者が、共同の故意もしくは過失によって人に損害を加えた場合、又は共同の故意もしくは過失を有しないが、それらの不法行為の直接の結果として損害を生じさせた場合、共同不法行為を構成し、民法通則第130条に従い連帯して責任を負う。」と解釈しており、第4条は、「二人以上の者が、共同で他人の人身の安全を脅かす行為を行い、損害を生じさせ、実際の不法行為者をそのいずれか特定できない場合、民法第130条に従い連帯して責任を負う。共同危険行為者は自己の加害行為と損害結果との間に因果関係が存在しないことを証明できれば、賠償責任を負わない。」と解釈している。

以上の最高人民法院の解釈に従えば、共同不法行為は共同加害行為と共同危険行為から構成される。ここでいう「共同加害行為」とは、二人もしくは二人以上の者が、共同の故意もしくは過失によって人に損害を加える行為、又は共同の故意もしくは過失を有しないが、それらの不法行為の直接の結果として人に損害を加える行為をいう。この共同加害行為が共同不法行為を構成する。また、民法通則第130条は、「二人以上の者が、共同して他人に損害を加えた場合、連帯して責任を負う。」と規定している。共同加害行為は、次の要件を満たす必要がある。

### 1. 主体要件

加害主体は、二人もしくは二人以上の者である。単一の行為主体は共同不法行為を構成しない。また、共同不法行為者は自然人又は法人であり、自然人の共同侵害、法人の共同侵害、あるいは自然人と法人の共同侵害に分けることができる。

### 2. 行為要件

一般的に、共同加害行為は、共同の故意もしくは過失が存在することを要求する。しかし、共同の故意もしくは過失を有しないが、それらの不法行為の直接の結果として人に損害を加えた場合にも、共同加害行為を構成する。

### 3. 結果要件

共同加害行為によって他人に加えた損害は、結果として同一である。共同加害者の行為は相互に関係しており、結果として他人に同じ損害を生じさせる。仮に、個々の行為者が各自に損害を加えた場合には、共同不法行為を構成しない。

### 4. 因果関係要件

共同加害行為は、結果として他人に損害を生じさせた共同原因である。共同原因はまた、主要な原因と副次的な原因、あるいは直接原因と間接原因に分けることができる。共同加害行為者は、連帯責任によって相手方の債務を履行した後、損害を加えた原因に基づき内部的な負担の割合を定めることができる。

もともと、共同して不法行為を行った者も、共同加害行為の主体になりうる。例えば、甲と乙が共同して丙を殴り倒して負傷させた場合、一人は実質的に加害行為を行った者で、もう一人は教唆者又は幫助者である可能性もある。いわゆる「教唆者」とは、言語又は行為を通じて他人の不法行為を唆す者をいう。ここで、教唆行為は不法行為を招いた主要な原因であり、行為者の故意によって行われる必要がある。一方、いわゆる「幫助者」とは、道具等の提供を通じて物質上又は精神上において他人の不法行為を幫助する者をいう。ここで、幫助行為は不法行為を招いた副次的な原因であり、幫助行為は故意又は過失によって行われる。上記の教唆行為であれ、幫助行為であれ、結果としてはいずれも共同不法行為を構成する。中国侵權責任法第8条は、「二人以上の者が、共同の不法行為によって他人に損害を加えた場合、連帯して責任を負う。」と規定しており、第9条は、「他人に不法行為の実施を教唆した者及び幫助した者は、行為者と連帯して責任を負う。行為無能力者、制限行為能力者を教唆した者及び幫助した者は、不法行為責任を負う。当該行為無能力者、制限行為能力者の監督義務者が監督義務を怠った場合、相当の責任を負う。」と規定している。また、民法通則に関する最高人民法院の司法解釈第148条は、「他人に不法行為の実施を教唆した者及び幫助した者は、共同侵害者に該当し、連帯して責任を負う。行為無能力者を教唆した者及び幫助した者は、侵害者としての民事

責任を負う。制限行為能力者を教唆した者及び幫助した者は、共同侵害者としての主要な民事責任を負う。」と解釈している。

以上の共同不法行為に関する基本規定や基本原理を念頭に置きながら、以下では、道具等提供者の道具等を提供する行為と著作権侵害との関係をどのように考えるべきか、という問題について検討することにしたい。

1. 物理的な直接利用者の行為が著作権侵害を構成する場合に関して、中国の著作権法は道具等を提供する者の行為を制限する特別な条項を有していない。そのため、解釈論としては、共同不法行為の法理を適用して、物理的な行為のための手段等を提供する行為が著作権侵害を構成するか否かを検討すべきである。具体的には、さらに以下のように分類することができる。

(1) 物理的な直接の侵害行為に対して道具等を提供する行為に故意が存在する場合、道具等提供者の行為は、直接利用者の行為と共同加害型の共同不法行為を構成し、直接行為者と連帯して責任を負わなければならない。この場合に、著作権者は損害賠償だけでなく差止め等の責任も追及することができる。

(2) 物理的な直接の侵害行為に対して道具等を提供した行為に故意が存在しないが過失がある場合も、道具等提供者の行為は、直接利用者の行為と共同加害型の共同不法行為を構成する。ここで、過失の有無の判断は、次のように行われる。一つは、提供される道具等が著作権侵害を必然的に惹起するような場合、道具等提供者には主観的な過失があると推定される。もう一つは、提供される道具等が必ずしも著作権侵害につながるとはいえない場合でも、道具等提供者の紹介、説明等の誘発手段によって直接の侵害行為が行われた場合、道具等提供者には主観的な過失があると推定される。

2. 物理的な直接の利用行為が合理的な利用行為に該当する場合、解釈論としては、道具等提供者のところで共同不法行為は成立せず、またそれ自体を不法行為とみることも困難である。

このような場合には、立法的な対応が必要である。具体的には、以下のような方策が考えられる。

(1) 機能単一型の道具等を提供する行為については、直接利用者（直接利用者の行為が適法であれ違法であれ）が大量に存在することから、権利者側の訴訟費用の角度から考慮すると、著作権法に特別な規定を設けて、そのような道具を提供する行為を独立の著作権侵害行為とみなす。この方策のメリットは、日本のカラオケ法理のように道具等提供者が監督責任を負うか否か、直接の利用行為から利益を得ているか否かを問わず、提供される道具が特定の著作物を利用する唯一の機能があるか否かを考察すれば十分である。前者に比べて、後者の判断が容易である。

(2) 多機能型の道具を提供する行為については、道具等提供者、著作権者及び利用者間の利益関係を調整するために、複製機器等の生産者又は提供者から著作権者又は著作隣接権者に補償金として一定の利益を還流させるという特別条項を定める。

上記のような方策は、解釈論と立法論の区別を厳守し、産業界、権利者及び公衆という三者間の利益にも配慮している。もともと、知的財産権法定主義の観点<sup>29</sup>、及び中国における民法の構造からみると、解釈論の方向性としては、物理的な直接の利用行為者のところで著作権侵害が成立することを前提にして、道具等提供者に共同不法行為の責任を追及すべきである。この限度を超えてまで道具等提供者に著作権侵害の責任を負わせることは、既に司法権限の範囲をオーバーしており、立法による対応に期待すべきである。したがって、筆者は、全体としては上記の田村善之教授と吉田克己教授の考え方に賛成する立場をとっている。

しかし、立法論の方向性としては、吉田克己教授と田村善之教授はカラオケ法理や幫助侵害行為の適用に厳格な要件を設けているが、道具等提供者に差止め等の責任を負わせるということは、道具等提供者が公衆の使用

<sup>29</sup> 李扬「知的財産権法定主義及びその適用（知识产权法定主义及其应用）」法学研究第2期（2006年）を参照。

行為に対して場所、道具、システムやサービス等を提供できなくなることを意味し、現在の先進的かつ複雑な複製技術を把握できない環境下において、技術の進歩がもたらす恩恵を公衆が十分に享受しえず、不利益を被るかもしれない。他方で、道具等提供者が場所、道具、システムやサービスを提供できなくなるということは、新たに開発された先進的な複写機器等の使い途がなくなることを意味するのであるから、これは言うまでもなく技術や産業の発展を妨げるはずである。したがって、この二つの法理を補完することで、著作権の間接侵害の問題を解決しようとすることは理想的な解決策ではないと思われる。著作権の間接侵害は、著作権者、産業界及び公衆という三者間の利益問題が関与しており、この問題を解決するには、慎重であって然るべきであろう。筆者は、この問題を解決する前提として、次のような二点を認識すべきであると考えます。

一つは、著作権の間接侵害において解決すべき核心的な問題である。日本の研究者は、著作権の間接侵害における幫助的侵害に焦点を当てて検討してきたが、幫助侵害は物理的な直接利用者のところで侵害が成立することを前提としているために、従来の共同不法行為の法理に基づき幫助者に対する損害賠償請求や差止請求を認めるべきであるという点については学説上異論がなく、ここでも言及しないことにする。最も重要なのは、物理的な直接の利用行為が適法な著作物等の利用行為に該当する場合、場所、道具、システムやサービス等を提供する行為が著作権侵害になるのか、侵害するとすれば、損害賠償と差止め等の責任を負わせるべきであるか、という問題である。

もう一つは、著作権の間接侵害を解決する際に追求すべき価値判断である。まず、技術の進展と産業の発展を確保しなければならない。具体的には、複写機器等の先進的な技術が生まれ、応用されることを確保することにより、技術の進歩や産業の発展を促進する。これは、人間社会の進歩において不可欠なものであり、知的財産法の主要な趣旨でもある。次に、技術の進歩がもたらした恩恵を公衆が十分に享受しうるように保障しなければならない。技術の進歩がもたらした恩恵を公衆が十分に享受しえないならば、先進的な技術を開発しても無意味である。最後に、著作物の創作活動に対するインセンティブを確保しなければならない。もっとも、従来は、技術的な制約により著作権者に与える影響が軽微であるとされ、権利

制限の対象とされてきた私的領域での利用行為が、複製技術がデジタル化され、送受信の技術が公衆が容易にアクセスできるインターネットを中心としたものに移ったことにより、権利者と利用者との利益のバランスが変化した。大量に行われる私的複製や送受信により、著作権者の被る不利益も大きくなったからである。この時代において、著作権が他人の行動の自由を過度に害することは少なくなり、一方、創作活動に対する著作権のインセンティブは急激に減少しつつある。このような背景下で、著作物の創作活動に対するインセンティブが確実に保障されない限り、新たな著作物の創出を支援するとする著作権法の趣旨も無駄なものになる。このような三つの目標を達成するためには、上記の立法論のところでも提唱してきた二つの方策に頼らざるをえない。

以上の考察に鑑みるならば、道具等提供者に著作権侵害の責任を負わせるかどうかという問題は、共同不法行為の範囲内において検討すべきであり、たとえ立法による解決に期待するとしても、著作権侵害を必然的に惹起するような道具を提供する行為に限って著作権の直接侵害を認めるべきである。一言でいえば、今までのいわゆる「著作権の間接侵害」という、特許法上の特許権の間接侵害や商標法上の商標権の間接侵害に対応するような曖昧な概念を見直すべきである。