



著作権の間接侵害をめぐる立法のあり方（上）

島並, 良

(Citation)

知財研フォーラム, 75:28-31

(Issue Date)

2008-11

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90002661>



著作権の間接侵害をめぐる立法のあり方(上)



島並 良

(Shimanami Ryo)

神戸大学大学院
法学研究科 教授

著作物の無断利用（直接行為）を助長する行為（間接行為）を、差止請求の対象とすべきか。このいわゆる著作権の間接侵害論には、著作物の利用主体性を拡張する構成と、著作権の侵害主体性を拡張する構成の2つがあり、またそれぞれの構成について解釈論と立法論が展開されている。本稿は、それらの当否を順に検討した上で、望ましい立法のあり方を探る。

I はじめに

1. 問題の所在

他人による著作物無断利用行為を助長（補助・教唆）する行為（注1）について、著作権法はどのように対応すべきだろうか。たとえば、コンサートホールやインターネット掲示板サービスといった「場」を提供する行為、コピー機やファイル交換ソフトといった「道具」を提供する行為など、著作物の利用を助長する行為には様々なものがある。著作物の無断利用行為（以下では「直接行為」と呼ぶ）について著作権侵害が成立する場合はもちろん、仮に直接行為について権利制限（私的複製や非営利無償演奏等）を理由に侵害が成立しない場合であっても、利用を助長する行為（以下では「間接行為」と呼ぶ）については、直接行為とは別に禁止したいという要請が著作権者にはある。なぜなら、多数散在する、あるいは匿名での直接行為を逐一捕捉するよりも、その前提となる間接行為を根本から絶つ方が、より実効的な著作権保護に資する場合があるからだ（注2）。

しかし、著作権法上には、そのような間接行為を正面から規律する規定は存在しない（注3）。そこで近時、直接行為者のみならず間接行為者にまで著作権侵害の責任を負わせるべきではないかが問題とされ、またそれを正面から実現するために、その旨の明文の規定を著作権法の中に設けるべきかどうかが議論されてきた（注4）。後に見るとおり、裁判例や学説が混迷状態にあるなか、著作権の「間接侵害」規定の導入の是非は、本特集のテーマである著作権リフォーム論議における最重要課題の一つであるといえよう。

2. 問題の整理

実際、文化審議会著作権分科会は、平成17年に立法的対応に関する検討の必要性を答申し（注5）、それを受けた同分科会法制問題小委員会ならびに同委員会司法救済ワーキングチームでは、現在に至るまで裁判例の分析や海外法制との比較を含めた精力的な検討が続けられている。その成果は、数次にわたる報告書においてまとめられているが（注6）、現時点では、間接侵害規定の創設の方向性は打ち出されつつも、未だ最終的な結論には至っていない（注7）。本稿は、この方向性の当否を検討すると共に（上）、間接侵害規定導入時における望ましい要件論について基礎的な考察を加えるものである（下）。

ところで、直接行為について著作権侵害（直接侵害）が成立する場合には、すでにわが国の現行法上、間接行為についても一定の要件下で法的制裁が予定されている。すなわち、民事上は共同不法行為として直接侵害者と連帯して損害賠償責任を負い（民法719条2項、709条）、また刑事上は著作権侵害罪に対する狭義の共犯としての責任を負う（刑法61条、62条）可能性があるのである。そうすると、著作権法に間接侵害規定を導入することの実益は、著作権者に間接行為に対する民事的な差止請求権を与える点にこそ認められることになる。そこで本稿では、間接行為を差止請求の対象に含めるべきか、含めるとしてその手段（解釈か立法か）および具体的要件のあり方はどうか、に焦点を絞り検討を加えることにしたい（注8）。

また、間接行為者について著作権侵害責任を帰すための法的構成としては、間接行為者を直接行為者と同視した上で、いわば「間接正犯」として帰責す

る構成と、あくまで間接行為者として位置づけたまま、いわば「共犯」として帰責する構成の二つが、論理的にあり得る(注9)。このうち前者は、複製や演奏といった著作物の「利用」主体性(誰が著作物を利用したのか)を直接行為者以外に拡張するものであるのに対して、後者は、著作権等の「侵害」主体性(誰が著作権を侵害したのか)を利用主体以外に拡張するものである。そして実際には、それぞれの構成について、現行法の解釈でなされる対応策と、その旨の立法を経てなされる対応策が提案されている。以下では、この2×2=4つの対応策について、当否と限界を順に検討しよう。

	利用主体性の拡張 (間接正犯型帰責)	侵害主体性の拡張 (共犯型帰責)
解釈による 対応策	手足論、 カラオケ法理など	ヒットワン事件 大阪地判など
立法による 対応策	支分権規定の増設	みなし侵害規定の新設

Ⅱ 解釈による対応策

1. 解釈による利用主体性の拡張

まず、著作物の利用主体性の拡張(間接正犯型帰責)を解釈で行おうとする対応策は、複製や演奏といった法定の著作物利用行為の主体性を、直接行為者(著作物の物理的利用者)のみならず間接行為者にも規範的に肯定するものである。たしかに、たとえば企業内で無断複製がなされた場合など、直接行為者(従業員等)について損害の公平な分担のために不法行為による損害賠償責任が発生しうるのは

別論として、行為の差し止めを求める相手方としては、その背後で直接行為を実質的にコントロールしている間接行為者(使用者企業等)の方がむしろふさわしいケースが現実にはあり得る。また法律学において、解釈による(明文規定を欠く)「規範的な主体の同視」は、形式的な要件を充足する主体以外の実質的な主体に法的効果を帰属させるために、既に様々な局面において活用されているテクニクであり(注10)、そうであればこの対応策も一定の範囲では許容されよう。問題は、その適用射程である。

裁判例では、直接行為者と間接行為者の間の人的関係性に着目すると、①労使や親子会社のような人的「支配」関係がある事案(道具理論ないし手足論(注11))のみならず、②人的「管理」関係があるに留まる事案(当初のカラオケ法理(注12))、そしてさらには③単なるサービスやシステムの提供関係があるに過ぎず個々の直接行為について間接行為者の個別意思決定が介在しない事案(カラオケ法理の転用(注13))へと、より緩やかな人的関係性の下で利用主体性の拡張が認められてきている(注14)。

このような状況に対しては、限界の不明確性(予測可能性の欠如)(注15)はもちろん、正当化根拠の脆弱性(注16)や司法府と立法府の役割分担(注17)という観点からも学説上の批判が向けられている。また、人的支配関係の存在によって間接行為者を直接行為者の道具または手足と評価できる場合はともかく、そこまでの人的関係性がないにもかかわらずカラオケ法理で利用主体性を拡張することは、現行法の他の規定との整合性という観点からも無理があるように思われる。というのも、著作権法は、私的使用目的で「公衆の使用に供することを目的として設置されている自動複製機器を用いて複製する」行為の主体は、著作物の「使用をする者」である(注18)こと

を前提としている(30条1項1号、同本文)(注19)からである。つまり現行法上、コンビニ店やセルフコピー店の文書コピー機による複製の主体はあくまで顧客(直接行為者)であって、それを管理し、そこから営業上の利益を得ている店舗(間接行為者)とはされていないのである。この点で、損害の事後的な公平分担を目的として賠償請求の名宛人を画定するための共同不法行為が、より広い範囲で成立し得ることは、区別されなければならない(注20)。

翻って考えると、そもそも間接正犯型帰責は、間接行為者を直接行為者と規範的に同視するものであるから、そこには同視に値するだけの実質、すなわち直接行為者に成り代わって帰責されることを正当化するだけの必要性和許容性が伴っている必要がある(注21)。そうだとすると、直接行為者を道具や手足として利用するなど、(Ⅰ)直接行為の遂行決定に対する強い支配と、(Ⅱ)その結果の帰属が認められる場合にだけ利用主体性の拡張は認められるべきであり(注22)、そこまでの人的関係が見いだせない場合には、(後述のとおり立法によって侵害成立要件を明確化した上で)端的に補助者・教唆者として問責すれば足りると思われる。また逆に、そのような強い人的関係(決定支配と結果帰属)がありさえすれば、間接行為者と直接行為者は規範的に同視されるのであるから、間接行為者の利用主体性を肯定するにあたり(営業上の利益等の)他の要件は不要であるし、またそれは直接行為者に関する法的責任の成否とは独立に判断され、権利制限規定の適否(私的使用目的か、非営利無償かなど)は間接行為者が基準とされることになろう。

2. 解釈による侵害主体性の拡張

次に、侵害主体性の拡張(共犯型帰責)を解釈に

よって行うとする対応策はどうか。これは、著作権法112条1項が規定する著作権等の侵害行為に、間接行為が含まれるとするものである。先に見た著作物の利用主体性拡張（間接正犯型帰責）とは、利用主体でない主体についてなお侵害者と捉えて帰責する点で、法的構成が異なる。つまり、間接行為者について、直接行為者との同視という迂路を経ることなく、そのまま端的に差止責任を肯定するわけである。

解釈による侵害主体性の拡張は、ヒットワン事件大阪地裁判決（注28）が採用し、学説上も有力に主張されている見解である（注29）。同事件で大阪地裁は、通信カラオケ機器リース業者を著作権侵害の故意幫助者であると評価した上で（注30）、なお「著作権を侵害する者又は侵害するおそれがある者」（著作権法112条1項）に該当するとして、それに対する差止請求を認容した。その後、選撮見録事件大阪地裁判決（注31）は、同じく幫助者と位置づけられた主体に対する差止請求を、今度は112条1項を「類推適用」することで肯定している。

しかしこのような見解は、裁判例の主流とはならず（注32）、学説上も多数を形成するには至っていない（注33）。批判の根拠として、法的安定性、従来から明文の間接侵害規定を持つ特許法との整合性や、差止が容易には認められない不法行為法制との整合性などが挙げられており（注34）、また最近、著作権の法的性質に関するいわゆる禁止権説との整合性を述べる学説（注35）もある。もっとも、むしろ決定的なのは、ここでもやはり現行著作権法の他の規定との整合性であろう。というのも、著作権法119条2項2号は自動複製機器の提供者を、また120条の2第1号は技術的保護手段回避装置等の提供者を、それぞれ著作権侵害罪（119条1項）とは別にそれより

も軽い罪として規定しており、つまり間接行為であるそれら機器や装置の提供行為は複製権侵害を構成しないと位置づけられているからである（注36）。また民事的にも、専ら著作権侵害行為に供された機械・器具の廃棄請求（112条2項）は、侵害行為の差止請求（同条1項）に付帯してのみ可能であると規定されているため、機械・器具が非侵害者の所有物であればその廃棄を請求できないことになるが、仮に幫助行為も著作権侵害にあたると解するならば、それに供された機器・器具についてもまた廃棄請求が可能となり、結局、廃棄請求を付帯的にのみ認めた意義が大幅に失われるように思われる。

そもそも、現行法が各種の支分権（および著作物利用行為の詳細な定義と、みなし侵害）規定によって著作権の侵害行為を可及的に明確化しているにもかかわらず、（それに対する助長行為という枠はあるにせよ）何ら明文の根拠規定なく排他権の範囲を拡張することは、やはり法が予定していないと言わなければならない（注37）。

以上の通り、利用主体性の拡張（間接正犯型帰責）と侵害主体性の拡張（共犯型帰責）のいずれの法的構成についても、現行法の解釈だけでは他の法規定と十分に整合的な対応は図れないように思われる。間接行為者について差止責任を負わせるためには、立法による対応が必要とされる所以である。そこで今回は、望ましい立法のあり方について検討するが、そこでもまた、利用主体性の拡張と侵害主体性の拡張の両者を区別した上で、立法論としていずれを選択すべきかが問題となる。そして選択された法的構成において、具体的にいかなる要件の下で間接行為者の差止責任を認めるべきかを、危険責任・報償責任という2つの帰責原理から考察しよう。

（以下、次号）

注1 本稿では、著作物の利用行為のうち一部を分担する行為については、検討対象に含めない。このような、2人以上の者が共同して著作権を侵害した場合（関連共同性がある場合：民法719条1項前段型の共同不法行為）には、当然に、その全員が著作権侵害責任を負うことになる（一部実行による全部責任）。本稿はあくまで、他人が著作物の利用を完結的に行っており（ただしそれが著作権侵害にあたるかどうかは問わない）、それに対して助長的関与をした者についての規律を検討するものである。

注2 このような問題状況は、ネットワークを介した著作物の利用においてより顕著に顕れるが、著作物の利用が何ら「場」や「道具」の提供なく独力で完結することは以前からむしろ稀であり（たとえば紙媒体への複製には筆記道具が必要であるし、また企業内での従業員による複製には使用者による投資が伴う）、実は古典的な問題に対して最近になって光が当てられるようになったものであるといえる。

注3 この点で、すでに間接侵害規定を持つ特許法（101条1号、2号、4号、5号）および実用新案法（28条1号、2号）とは状況が異なる。

注4 枚挙にいとまがないが、研究者の手になる最新の論攷として、たとえば次のものがある。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）75頁、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』（商事法務、2008年）259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」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法（斉藤博退職記念）』（弘文堂、2008年）197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確定の視点から」同前228頁。

注5 文化審議会著作権分科会「著作権法に関する今後の検討課題」（平成17年1月24日）4頁。

注6 同分科会「報告書」（平成18年1月）138頁以下、同分科会「報告書」（平成19年1月）19頁以下、同分科会法制問題小委員会「中間まとめ」（平成19年10月12日）71頁以下。

- 注7 前掲注6・同分科会法制問題小委員会「中間まとめ」(平成19年10月12日)は、「第112条の『侵害』に該当する行為は、著作物等につき自ら(物理的に)利用行為をなす行為に限定されるものではなく、一定の要件を満たす他者の行為もこれに該当しうることを、法律上明確化するべき」とした上で、「当該他者の範囲について、無限定に認められるべきではないとの考え方から、いかなる要件を満たす者をその対象とすべきかについて、裁判例の状況や民法における物権的請求権等の基本理論との整合性にも配慮し、慎重に検討を進める必要がある。」とし、さらに立法例として「専ら侵害の用に供される物等の提供その他の行為により他者に(侵害)行為をさせることにより侵害をする者」を差止請求の対象とすることを提案している。
- なお、知財戦略本部内に設置されたデジタル・ネット時代における知財制度専門調査会においても、ネット上に流通する違法コンテンツへの対策強化という観点から、この著作権の間接侵害問題が要検討事項に挙げられている(参照、同調査会「デジタル・ネット時代における知財制度の在り方について」(報告案、平成20年10月29日会議資料)23頁以下)。
- 注8 間接行為者が損害賠償責任を負う場合に、その故意・過失の内容や、損害賠償額の算定に関する著作権法上の特則の適用可能性などは、それぞれ検討を要する重要課題であるが、別稿に譲る。
- 注9 同じく刑法の用語を借りるならば、共同正犯型の帰責については、前掲注1に記したとおり、本稿の検討対象から予め除外されていることに留意されたい。
- 注10 たとえば、民事法における法人格否認の法理、刑事法における間接正犯など。
- 注11 手足論に基づいて利用主体性を肯定した裁判例として、たとえば、キャバレー営業者に関する名古屋高判昭和35年4月27日下民集11巻4号940頁(中部観光事件)、公演企画者に関する東京地判昭和54年8月31日無休集11巻2号439頁(ビートル・フィーバー事件)。その後も、バレエの公演主催者に関する東京地判平成10年9月9日知裁集30巻4号841頁(我々のファウスト事件)など。
- 注12 その嚆矢となったのは、カラオケスナック経営者に関する最判昭和63年3月15日民集42巻3号199頁(クラブキャッツアイ事件)。同法理への批判的検討として、参照、上野達弘「いわゆる『カラオケ法理』の再検討」紋谷暢男教授古稀記念論文集刊行会編『知的財産権法と競争法の現代的展開(紋谷暢男古稀記念)』783頁(発明協会、2006年)、田村善之「検索サイトをめぐる著作権法の諸問題(2)——寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等——」知的財産法政策学研究17号(2007年)83頁以下。
- 注13 「転用」の語は、前掲注4・田村善之・275頁以下による。最近の転用例として、中央管理型P2Pファイル交換サービスに関する東京地中間判平成15年1月29日判時1810号29頁(ファイルログ事件)、テレビ放送の転送(地理的シフティング)サービスに関する知財高決平成17年11月15日未登載(録画ネット事件)、東京地判平成20年5月28日未登載(ロクラク事件)。
- 注14 その代わりに、カラオケ法理以降では、「営業上の利益」收受などの関係性以外の要件が付加されているが、こちらの要件は緩やかに解されているために(たとえば、サービス自体は無償でも関連ウェブサイトで広告収入があれば足りるとする前掲注13・東京地中間判(ファイルログ事件)など)、実際には利用主体性拡張の限界を画する機能を果たしていない。また、そもそも利益性要件を問わないものとして、東京地判平成19年5月25日判時1979号100頁(MYUTA事件)。
- 注15 たとえばテレビ放送の転送サービスに関しては、前掲注13に挙げた知財高決(録画ネット事件)と東京地判(ロクラク事件)ではサービス提供者の著作物利用主体性が肯定され、東京高決平成18年12月22日未登載(まねきTV事件)ではこれが否定されたが、両者を隔てる明確な基準を見いだすのは困難である(たしかに後者では市販の機器(ソニー社のロケーションフリーテレビ)が用いられている点で前者よりも事業者の関与の度合いは低いが、それとて専用機であることには変わりがない)。侵害の成否が不明確であるという「著作権リスク」は、ネットワーク上で新たな事業を開始しようとする企業にとっては特に障害となる(参照、前掲注7・デジタル・ネット時代における知財制度専門調査会報告書案23頁)。
- 注16 上野達弘・前掲注12・788頁以下。
- 注17 田村善之・前掲注4・293頁以下。
- 注18 なお、「専ら文書又は図画の複製に供する」機器には、30条1項1号の適用はないとされている(附則5条の2)から、たとえばコンビニ店のコピー機を用いて私的使用目的で文書や図画をコピーする顧客の行為について結局は複製権侵害が成立しないが、ここでは複製の主体があくまでコンビニ店ではなく顧客であるという法令上の位置づけこそが重要である。
- 注19 この規定は、顧客が複製の主体であるとしただけでなく、それに加えて自動複製機器の設置者が複製の主体であるかどうかについては、直接には何ら触れていない。しかし第一に、設置者が(顧客に加えて)複製の主体であるとするならば、その複製行為は私的使用目的ではないから、世の中のコンビニ店はみな違法行為をしていることとなり実態にそぐわないばかりでなく、附則で顧客を適法と位置づけた(前掲注18)意義が大幅に損なわれてしまう。また第二に、営利目的で自動複製機器を複製に使用「させ」る行為に関する罪(119条2項2号)が、著作権侵害罪(119条1号)とは別により軽い犯罪類型として規定されていることから、現行法は、自動複製機器の設置者は「複製」主体そのものではないと理解していると解される。
- 注20 これまで、著作権法に関連して、間接行為者について法的責任を認めた最高裁判例は3つしかない(前掲注12(クラブキャッツアイ事件)、最判平成13年2月13日民集55巻1号87頁(ときめきメモリアル事件)、最判平成13年3月2日民集55巻2号185頁(カラオケリース事件))、それらがいずれも少なくとも上告審レベルでは損害賠償責任の有無のみが問題とされたケースであったことは、より強調されて良い。
- 注21 刑法でいうところの、「間接正犯の正犯性」と同様の問題である(参照、島田聡一郎「正犯・共犯論の基礎理論」(東京大学出版会、2002年)118頁以下)。なおクラブキャッツアイ事件最判には、カラオケスナック営業者が歌唱しているという構成が擬制に過ぎるという観点からの少数意見(伊藤正己裁判官)が付されていた。
- 注22 たとえば従来から、海賊出版に関する複製権侵害責任は印刷会社ではなく出版社が負うことが当然の前提とされてきたが、それは、いつ何を印刷するかの決定を出版社が行い、また印刷後の書籍(この場合はその所有権)も出版社に帰属するので、直接行為者たる印刷会社は間接行為者たる出版社の手足に過ぎないという評価されるからであろう。
- 注23 大阪地判平成15年2月13日判時1842号120頁。
- 注24 鎌田薫「民法理論からの検討」著作権情報センター附属著作権研究所編『寄与侵害・間接侵害に関する研究』(著作権情報センター、2001年)59頁、田中豊「著作権侵害とこれに関与する者の責任」コピーライト485号(2001年)9頁、牧野利秋「著作権等侵害の主体」牧野利秋ほか編『著作権関係訴訟法』(青林書院、2004年)361頁以下、山本隆司「教唆・幫助による著作権侵害の成否」野村豊弘ほか編『現代社会と著作権法(斎藤博退職記念)』(弘文堂、2008年)261頁。
- 注25 幫助される主体はカラオケ店であり、ここではカラオケ法理による利用主体拡張が前提となっている。機器リース業者は、直接行為(歌唱)者たる顧客から見ると、「間接の間接」行為者という位置づけになる。
- 注26 大阪地判平成17年10月24日判時1911号65頁。
- 注27 非利用者に対する帰責を明確に否定する例として、東京地判平成16年3月11日判時1893号131頁(罪に濡れたふたり事件)。なお、選撮見録事件の控訴審判決は、原審のような侵害主体性の拡張ではなく、利用主体性の拡張(カラオケ法理)によって侵害成立を肯定した(大阪高判平成19年6月14日判時1991号122頁)。
- 注28 上野達弘「プロバイダーの責任——プロバイダーに対する差止を中心に」著作権研究28号(2001年)93頁以下、高部眞規子「カラオケリース業者に使用禁止措置を命じた裁判例をめぐって」A.I.P.P.I.49巻4号(2004年)2頁以下、堀江亜以子「カラオケリース業者の責任」福岡大学法学論叢49巻3・4号(2005年)497頁以下、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年)128頁以下、上野達弘・前掲注4・81頁以下、中山信弘「著作権法」(有斐閣、2007年)482頁以下。
- 注29 山本隆司・前掲注24・271頁以下は、これまで挙げられた批判の内容を列挙した上で、それぞれについて反論を試みている。
- 注30 上野達弘・前掲注4・81頁以下。ただし本稿のように、112条1項の適用を主張する立場について、「非利用主体について侵害主体と捉える」見解であると整理するならば、この批判は必ずしもあたらないことになる(上野教授は、これを「非侵害主体について112条1項の対象に含める」見解であると整理されている)。
- 注31 上野達弘・前掲注28・93頁以下参照。
- 注32 ただし、このような形式権ドグマをどこまで維持すべきかは、知財法学が直面する極めてチャレンジングな課題である。なお、最判平成16年2月13日民集58巻2号311頁(ギャロップレーサー事件)は、「現行法上、……物の無体物としての面の利用に関しては、……知的財産権関係の各法律が、一定の範囲の者に対し、一定の要件の下に排他的な使用権を付与し、その権利の保護を図っているが、その反面として、その使用権の付与が国民の経済活動や文化的活動の自由を過度に制約することのないようにするため、各法律は、それぞれの知的財産権の発生原因、内容、範囲、消滅原因等を定め、その排他的な使用権の及ぶ範囲、限界を明確にしている。」ことを理由に、競走馬の名称等に関する排他権(物のパブリシティ権)を否定している。