

# 著作権侵害の主体について

## —最高裁平成23年1月20日判決を素材として—

弁護士 福市 航介

### 第1 はじめに

現在では、デジタル化やネットワーク化に伴い、著作物の利用形態が多種多様に変化しているが、それに伴い、著作権侵害を直接行っていると目される者の行為に加担する行為態様も多種多様になってきている。ところが、現行著作権法では、このような行為に対処する明確な規定はない。著作権者の保護を考えれば上記のような者の行為の差止めを認める必要があるが、著作物の利用者の予測可能性を考えれば差止めは認められるべきではない。このような状況の下で、最高裁平成23年1月20日第一小法廷判決(以下「本判決」という。)は、テレビ放送を複製し、配信するサービスを行う者を著作権侵害の主体であると認定し、この者に対する差止請求を肯定した。本事件は、原々審と原審とで、事実関係がほとんど異ならないにもかかわらず、著作権侵害主体性について反対の結論をとったことから、従前より話題となっていた事件である。最高裁判決が著作権侵害主体性を肯定した以上、今後は、これを前提として、具体的にいかなる事情があれば著作権侵害主体性が肯定されるのかが問題となると予想される。そこで、本稿では、本判決を素材として、著作権侵害主体の認定手法を考察する。

### 第2 本判決の概要

#### 1 事案の概要

Xらは、放送事業者等であり、テレビ番組に関する著作権及び著作隣接権を有する者である。Yは、日本国外の利用者に日本のテレビ番組の複製物を取得させることを主たる目的として、次のようなテレビ放送の録画配信サービス(以下「本件サービス」という。)を行う者である。

すなわち、Yは、親子機能を有する2台1組のハードディスクレコーダー「ロクラクⅡ」を利用者に有償で貸与し、親機(以下「親機ロクラク」という。)を日本国内(原則としてYの実質的な支配下の場所)に設置する。そして、利用者は、子機(以下「子機ロクラク」という。)を操作して、離れた場所に

設置した親機ロクラクにおいて地上波アナログ放送を受信してテレビ番組を複製させ、複製した番組データを子機ロクラクに送信させ、子機ロクラクに接続したテレビ等のモニタに、当該番組データを再生して、複製したテレビ番組を視聴するというものである(以下「本件サービス」という。)

このような事案で、Xらが、Yに対し、Xらが有するテレビ番組に関する著作権及び著作隣接権の侵害を理由に、テレビ番組の複製等の差止め、親機の廃棄および損害賠償を求めた。

#### 2 原々審—東京地裁平成20年5月28日判決<sup>1</sup>

原々審である東京地裁平成20年5月28日判決は、複製主体についての考え方として、著作権法上の侵害行為者を決するについては、問題となる行為を物理的、外形的な観点から観察し、これを踏まえた上で、法律的な観点から検討すべきであるとし、後記のクラブキャッツアイ事件最高裁判決等を踏まえ、問題とされる行為(提供されるサービス)の性質に基づき、支配管理性、利益の帰属等の諸点を総合考慮して判断すべきとした。

そして、①本件サービスは、日本国外にいる利用者が日本のテレビ番組を視聴することを可能とすることを目的として、当該利用者に対し、日本のテレビ番組の複製物を取得させることを目的として構築されたものであること、②本件サービスに供されているY所有の親機ロクラクは、原則として、Yの実質的な支配下にあり、Yは、本件サービスを利用するための環境の提供を含め、これらの親機ロクラクを実質的に管理していること、③本件サービスが取扱業者を通じてYの提供する場所に親機ロクラクを設置させ、Yにそれを管理させるという方法を選択する方が、有利な点が多くなるような仕組みを採用していること、④親機の設置場所が限定されているのは、利用者が親機ロクラクを地域による周波数の相違に対応させる作業を行わなくとも、設置場所の地上波アナログ放送を受信できるように、Yによってあらかじめ親機ロクラクが調整されていること、⑤ロクラクⅡに親子機能を持たせて利用する場合、Yの設定により、利用者が自らアドレスの取得手続を経る必要がないこと、⑥録画予約、データ送信等に用いられるメール通信のサーバがYの管理するメールサーバであるために、本件サービスの利用者がこの利用についての手続を別途とることも不要であること、⑦Yが「初期登録料」及び「レンタル料」名

目で本件サービスの対価を得ていることを総合考慮すると、YがXらの著作権及び著作隣接権を侵害している主体であると判断した。

### 3 原審—東京高裁平成21年1月27日判決<sup>2</sup>

ところが、原審である東京高裁平成21年1月27日判決は、①本件サービスの目的については、本件複製の決定及び実施過程への関与の態様・度合い等の複製主体の帰属を決定する上でより重要な考慮要素の検討を抜きにして、この点のみをもってYが本件複製を行っているものと認めるべき根拠足り得る事情とみることはできないこと、②機器の設置及び管理については、Y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の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すぎず、そのことをもって、Y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はできないこと、③そのほかの事情も、Yが複製を管理・支配しているとみることはできないこと、④Yが受領している「初期登録料」及び「レンタル料」が、複製ないしそれにより作成された複製情報の対価を有するものとは認められないこと等を根拠として、YがXらの著作権及び著作隣接権を侵害している主体ではないと判断した。

### 4 本判決

最高裁は、次のように判示し、原判決を破棄し、本件サービスにおける親機ロクラクの管理状況等につき審理を尽くさせるべく、知的財産高等裁判所に差し戻した。

「放送番組等の複製物を取得することを可能にするサービスにおいて、サービスを提供する者(以下「サービス提供者」という。)が、その管理、支配下において、テレビアンテナで受信した放送を複製の機能を有する機器(以下「複製機器」という。)に入力して、当該複製機器に録画の指示がされると放送番組等の複製が自動的に行われる場合には、その録画の指示を当該サービスの利用者がするものであっても、サービス提供者はその複製の主体であると解するのが相当である。すなわち、複製の主体の判断に当たっては、複製の対象、方法、複製への関与の内容、程度等の諸要素を考慮して、誰が当該著作物の複製をしているといえるかを判断するのが相当であるところ、上記の場合、サービス提供者は、単に複製を容易にするた

めの環境等を整備しているにとどまらず、その管理、支配下において、放送を受信して複製機器に対して放送番組等に係る情報を入力するという、複製機器を用いた放送番組等の複製の実現における重要な行為をしており、複製時におけるサービス提供者の上記各行為がなければ、当該サービスの利用者が録画の指示をしても、放送番組等の複製をすることはおよそ不可能なのであり、サービス提供者を複製の主体というに十分であるからである。」

なお、後記のとおり、金築誠志裁判官の補足意見がある。

## 第3 考察

### 1 はじめに

本判決を題材として、著作権侵害主体性について論じるが、これを論じる意義は、著作権に基づく差止請求の可否及び限界の点にある。この点につき、以下では、まず、①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」の意義を検討することにより、差止請求権の対象となる者の範囲を検討し、②テレビ番組の録画配信サービスにおける特色を抽出した上で、当該特色に符合した著作権侵害主体の捉え方を論じ、③本判決の評価を行いたい。

### 2 直接侵害者とは—著作権法 112 条 1 項に基づく差止請求の相手方

(1) そもそも、Yに対する差止請求が認められるためには、Yが「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。以下、単に「法」という。)に該当する必要がある。この該当性判断のためには、文言上は必ずしも明らかとはいえない「著作権を侵害する」の意義を確定する必要がある。

(2) この点、著作権が所有権類似の構造を有している点に着目する見解がある<sup>3</sup>。民法上、妨害排除請求権、妨害予防請求権の相手方が「妨害状態を生じさせている者又は生じさせる虞のある者」であるとされているところ、所有権類似の構造を有している著作権の相手方も、著作権侵害の状態を生じさせている又は生じさせる虞のある者とすべきであるとするのである。このように考えれば、著作権侵害の状態を生じさせる多くの行為は「著作権を侵害する」行為ということになる。

(3) しかしながら、このような考え方には疑問がある。著作権は、複製権を始めとした支分権の束として規定されており(法21条以下)、著作権者は、このような支分権を「専有する」に過ぎない。著作権者は、第三者が著作権者の許諾を得ずに上記各規定で定められている各行為(以下「法定利用行為」という。)をなすことを禁じることができるに過ぎないのである(禁止権)<sup>4</sup>。所有権は目的物に対する全面的排他的な支配権であるが、著作権はある特定の行為を禁止する権利に過ぎないことに留意すべきである。実質的にも、支分権が限定列挙され、利用行為が法定されている趣旨は、著作物の利用者の予測可能性を確保することにあるから<sup>5</sup>、「著作権を侵害する」行為を法定利用行為以外の行為に拡大すべきではない。

(4) したがって、「著作権を侵害する」とは、禁止権を侵害する行為、すなわち、第三者が著作権者の許諾を得ずに法定利用行為を行うことを指し、「著作権…を侵害する者又は侵害するおそれがある者」とは、上記行為を自ら行う者又は行うおそれがある者という解すべきである<sup>6</sup>。以下、このような者を「直接侵害者」という。

### 3 直接侵害者概念の拡大—規範的直接侵害者概念の活用

(1) 著作権者の許諾を得ずに自ら物理的に法定利用行為を行った者が直接侵害者に該当することは当然であるが、このような者だけを直接侵害者とするのは妥当ではない<sup>7</sup>。著作権者の保護に悖る場合が考えられるからである。理論的にも、直接侵害者が誰であるかを検討するにあたっては、規範的に法律上侵害主体として責任を負うべきか否かという観点から決することは可能である<sup>8</sup>。実際にも、問題となったサービスによって大量の私的複製が誘発される場合が多いこと、私的複製が適法とされる根拠が著作権者に対する経済的打撃の僅少性であることを考えると<sup>9</sup>、著作権者保護のためには、物理的に法定利用行為を行った直接侵害者の他にも、一定範囲の者の行為を差止請求権の対象とすることが妥当であると思われる。

(2) そうなると、問題となるのは、どのような者であれば、規範的に法律上侵害主体として責任を負うべき直接侵害者とすることができるのかということである。

この点、直接侵害者概念を拡大した判例として、最高裁昭和63年3月15日判決(クラブキャッツアイ事件)がある。当該判決によって示された所謂「カラオケ法理」は、法定利用行為に対する管理及び支配と利益の帰属という二要素を根拠として直接侵害者を認定するものである。当該判例は、以後、当該判決の前提となった事実関係を越えて、一般的に物理的に法定利用行為を行った者以外の者を直接侵害者とする法理として意識されるようになった<sup>10</sup>。

しかし、当該判決の事案は、当時の特殊な法制上、客の歌唱を当該店舗の経営者の歌唱とする必要性が高い事案であったところ、現在では、当該法制が改善され、カラオケスナック店の客の歌唱を当該店舗の経営者の歌唱と同視する必要がなくなったこと、同判決中で伊藤正己裁判官が「擬制的に過ぎる」と指摘をしていること等から、カラオケ法理を一般的に拡大又は転用して適用することには学説上種々の批判があった<sup>11,12</sup>。論者によっては立法の問題であるとするものもあった。本判決の原審も、そのような考え方の一翼を担うものであったといえる。

### 4 テレビ番組の録画配信サービス事案の特色—不真正不作為犯的発想の導入

(1) テレビ番組の録画配信サービス事案の特色は、テレビ番組の録画配信サービスを提供している者が、物理的に法定利用行為を行う者に対して直接の支配関係を及ぼしていない点にある。サービス提供者が支配しているのは、大量の法定利用行為を誘発する機器やシステムである。

このような事案において、カラオケ法理を適用又は転用することに違和感は拭えない。カラオケ法理の本質は、第三者が人的な関係により物理的に法定利用行為を行っている者を支配している場合に、当該第三者がいわば間接正犯的に法定利用行為の主体と評価する点にあるからである。

この点において、カラオケ法理の拡大適用又は転用を批判する論者の指摘はまさに正当であるといえることができる。

(2) しかし、カラオケ法理の拡大適用又は転用が許されないとしても、直ちにサービス提供者の責任を不問にすることは問題と考える。

なぜなら、当該サービス提供者は、問題とな

る機器やシステムを提供して、当該システムの利用者の法定利用行為を大量に誘発し、作出しているからである。前述のとおり、私的複製が適法とされる根拠が著作権者に対する経済的打撃の僅少性であることを考えると、このようなサービス提供者の行為を全く不問にすることは、著作権者の保護に悖り妥当ではないであろう。

- (3) そこで、サービス提供者の行為を観察すると、その問題性は、著作物の違法複製又は適法複製が著作権者に大きな経済的打撃を与えるほどに大量になされており、その端緒を自ら作出しているにもかかわらず、著作権保護の何らの手段もとらない又は実効的な手段をとらない点にあると思われる。そうだとすれば、事態を率直に捉え、著作物の複製がなされているのに著作権保護の何らの手段もとらない又は実効的な手段をとらないことが、自ら著作物の複製を行っていると同視できるかどうかを問題とすることが妥当である。すなわち、不真正不作為犯的な発想で著作権侵害主体性を検討することが妥当であると考えられる。翻って考えると、カラオケ法理は間接正犯的な発想から著作権侵害主体性を拡大するものであるが、著作権侵害主体性を拡大する考え方はこれだけではないように思われる。刑法上、正犯概念を拡大する法理として間接正犯法理の他に不真正不作為犯法理があるのであるから、あながち奇異な考え方ではないように思われる。
- (4) そこで、刑法上の不真正不作為犯の議論を参照すると、問題となる不作為が作為と同価値か否かが問題の焦点とされており、不作為が作為と同価値の実行行為性を有するというためには、不作為者に作為義務があることが必要であると考えられている。この作為義務の発生根拠については、刑法上種々の学説が存在するが、現在では、種々の要素を勘案して決すべきとされている。具体的には、①危険性をコントロールする地位があり、それに加えて、②結果発生の危険に重大な原因を与えたか否か、③当該結果の防止に必要な作為がどれだけ容易か、④他に結果防止可能な者がどれだけ存在したのかという法益関係的な事情を基にして、⑤法令や契約に基づく行為者と被害者との関係、⑥刑責の配分という事情を総合考慮すべきとされ

ていることがわかる<sup>13</sup>。

- (5) そこで、著作権侵害状態を放置しているサービス提供者が直接侵害者かどうかの判断を行う際にも、作為による著作権侵害と同視できるだけの不作為が存在するかという観点から、検討すべきであると考えられる。具体的には、①著作権侵害結果の発生をコントロールできる地位があることを前提として、②著作権侵害結果の発生の危険に重大な原因を与えたか否か、③著作権侵害結果の防止に必要な作為がどれだけ容易か、④他に著作権侵害結果防止可能な者がどれだけ存在したのかという法益関係的な事情とともに、⑤法令や契約に基づくテレビ番組の録画配信サービスの主体と著作権者との関係、⑥著作権侵害の責任の配分という事情を総合考慮して著作権侵害主体性を判断すべきと考えられる。これにより、事態に即した判断が可能となるのではないかと推測される。

#### 5 本判決の評価

本判決は、Yの著作権侵害主体性を認めたが、その主たる根拠は、「複製機器を用いた放送番組等の複製の実現における枢要な行為をしており、複製時におけるサービス提供者の上記各行為がなければ、当該サービスの利用者が録画の指示をしても、放送番組等の複製をすることはおよそ不可能」であることに求められている。

前述した私見によれば、当該事情は、著作権侵害結果の発生をコントロールできる地位があること及び著作権侵害結果の発生の危険に重大な原因を与えたことを基礎づける事情であると考えられる。当該事情は、著作権侵害状態に対して手段を講じないことが作為による著作権侵害と同価値と評価されるための最重要要素であるから、Yの著作権侵害主体性を肯定する事情として本判決がこれを指摘したことは正当であるというべきである。また、本判決は、本件サービスにおける親機ロクラクの管理状況等につき審理を尽くさせるべく、知的財産高等裁判所に差し戻したが、私見によれば、その他の前記③及び④の事情も検討する必要があることを示すものであって、やはり正当であるといえる。

なお、本判決における金築誠志裁判官の補足意見では、「カラオケ法理」は、物理的、自然的には行為の主体といえない者について、規範的な観点から行為の主体性を認めるものであって、行

為に対する管理、支配と利益の帰属という二つの要素を中心に総合判断するものとされているところ、同法理については、その法的根拠が明らかでなく、要件が曖昧で適用範囲が不明確であるなどとする批判があるようである。しかし、著作権法21条以下に規定された「複製」、「上演」、「展示」、「頒布」等の行為の主体を判断するに当たっては、もちろん法律の文言の通常の意味からかけ離れた解釈は避けるべきであるが、単に物理的、自然的に観察するだけで足りるものではなく、社会的、経済的側面をも含め総合的に観察すべきものであって、このことは、著作物の利用が社会的、経済的側面を持つ行為であることからすれば、法的判断として当然のことであると思う。」とされているが、要するに、著作権侵害主体性(刑法でいえば正犯性である。)が認められればいのであって、カラオケ法理だけに固執してこれを検討すべきではないということを目指し、私見と同様のことをいうものであって、極めて正当であると思われる。

ただ、下級審裁判例が、カラオケ法理には見られない、サービスの内容及び性質(私見では、②や⑥の考慮要素となると思われる。)を検討したり、学説上も著作権侵害主体性の判断枠組の見直しが指摘されていたことを考えると<sup>14</sup>、本判決の判断内容は新しいものとはいえないのかもしれない。

いずれにしても、本判決の判断それ自体は正当であると評価することができる。

## 6 その他

その他、本判決では、本件サービスの利用者の行為を別途独立して観念できるか等については、結論に不要であるために触れてはいないが、仮に、利用者の行為を独立して観念でき、それが適法であったとしても、Yの行為が著作権あるいは著作隣接権侵害となることは変わらないと思われる。なぜなら、無体物である著作物は複数の者により同時に利用されることが可能であるから、利用者もYも著作物の利用主体となりうることは当然であり、利用者にも私的複製の要件が満たされないということは当然にあり得るところだからである。もっとも、仮に、Yが幫助者としての地位にしかない場合には、適法行為を幫助するに過ぎないから、当該幫助者としての行為は違法とすべきではないと思われる。この点についても、本判決は正当であるというべきである。

## 第5 おわりに

以上、極めて簡単であるが、最高裁平成23年1月20日第1小法廷判決の検討をした。本判決が著作権侵害主体の判断を規範的に行うことを積極的に承認したことから、今後、積極的に規範的 direct 侵害者の認定が行われるものと予想される。もっとも、著作物の利用者にとってそれが予測可能性のないものであれば、著作物の利用者の自由が制限されてしまうことから、規範的 direct 侵害者の外延を今後検討する必要がある。

今後の課題は、従前の裁判例の分析と共に今後の裁判例の集積を待って、著作権侵害主体の輪郭をあぶり出すことにある。そのようなあぶり出しの手法として、本件のようなテレビ番組の録画配信サービスの事例の場合には、サービス提供者の行為を事態に即して観察し、自ら著作権侵害状態が可能となる状態を作り出しておきながら、著作権侵害状態を放置しているという不作為が作為で著作権侵害を行っていることと同視できるかを問題とすることが、有用であると思われるがいかがであろうか。

以上

- 1 判例タイムズ1289号234頁以下
- 2 LEX/DB25440283参照。本判決の評釈として、田中豊「間接侵害(3)―番組関連サービス」別冊ジュリスト198号194頁以下参照。
- 3 大阪地裁平成15年2月13日判決(ヒットワン事件)、田中豊「著作権の間接侵害―実効的司法救済の試み―」コピーライト2004年8月号8頁以下参照。このような考えであれば、たとえ幫助的な者であっても、差止請求の相手方となろう。このような考え方が、著作権者の権利拡大を企図していることは明らかである。
- 4 田村善之『著作権法(第2版)』(有斐閣・2004年3月)305頁、中山信弘『著作権法』(弘文堂・2008年4月)480頁以下参照。
- 5 島並良・上野達弘・横山久芳『著作権法入門』(有斐閣・2009年)128頁参照。
- 6 上野達弘「著作権法における「間接侵害」」ジュリスト1326号81頁以下参照。結論につき同旨、高部真規子「著作権侵害の主体について」ジュリスト1306号126頁以下参照。
- 7 立法の改正が比較的早くなされるようになった現在でも、具体的妥当性の見地から、司法的な救済が必要な場合は否定できない。
- 8 罪刑法定主義により正犯概念が厳格に解されている刑法上も間接正犯は認められているし、特許法上も規範的に侵害主体を考慮すること自体は認められており(中山信弘『特許法』(弘文堂・2010年8月)322頁参照)、それ自体、特別なことではない。なお、高部・前掲6・125頁参照。
- 9 加戸守行「著作権法逐条講義(三訂新版)」(著作権情報センター・2000年3月)213頁以下、田村・前掲4・198頁参照。
- 10 たとえば、本件と同じ録画配信サービスが問題となった裁判例として、東京地裁平成16年10月7日決定、同平成17年5月31日決定、東京高裁平成17年11月15日決定(録画ネット事件)、東京地裁平成18年8月4日決定、知財高裁平成18年12月22日決定(まねきTV事件。なお、平成23年1月18日に最高裁第3小法廷判決が出ている。)がある。なお、その他、インターネットを介して著作物を利用するサービスを提供する行為が問題となった事例として、東京地裁平成14年4月11日決定、同15年1月29日中間判決、同年12月17日終局判決、東京高裁平成17年3月31日判決(ファイルログ事件)、東京地裁平成19年5月25日

判決(MYUTA事件)、東京地裁平成21年11月13日判決、東京高裁平成22年9月28日判決(TVブレイク事件)等があるが、いずれもクラブキャッツアイ事件のカラオケ法理を意識したものとなっている。

- 11 当該判決の最高裁判所判例解説においても、あくまでも事例判決であるとされている(最高裁判所判例解説民事篇昭和63年度150頁(水野武)参照)。
- 12 上野・前掲6・80頁以下、中山・前掲4・480頁以下、田村善之「著作権の間接侵害」知的財産法政策学研究26号68頁、大淵哲也「間接侵害(1)—カラオケスナック」別冊ジュリスト198号190頁以下、宮脇正晴「テレビ番組の録画・視聴サービスと複製の行為主体」ジュリスト1398号308頁以下等を参照。
- 13 前田雅英『刑法総論講義(第3版13刷)』(東京大学出版会・2004年2月)138頁参照。なお、同編集代表「条解刑法」(弘文堂・2002年6月)74頁以下参照。
- 14 塩月秀平「著作権侵害主体の事例分析—柔軟な認識に向けて」ジュリスト1316号140頁以下参照。