

侵害主体論と著作物の私的利用の集積

—ロクラクⅡ・まねき TV 最高裁判決の検討を契機として—

神戸大学准教授 前田 健

要 約

まねき TV・ロクラクⅡ事件の最判は、著作権侵害行為の主体を認定するに際して、対象となった著作物を取得・提供したものが誰かということに着目した判断を下した。いわゆるカラオケ法理とは異なった考え方が採用されたとも理解でき、侵害主体論の展開は新たな段階を迎えた。

侵害主体論が争点になる事案の多くにおいて、真に答えるべき課題は、侵害行為の集積・助長行為にどう対処するかという点と、私的利用の拡大にどう対処するかという点の2点であると思われる。特に重要なのは後者である。著作物の私的使用が許される根拠は、著作物取引の取引費用の観点から合理性が認められる点にもあると考えられ、その観点から私的使用の抗弁の機能を再検討していかねばならない。

今後は、これらの課題の存在を明確に認識しつつ議論を進める必要がある。間接侵害規定の立法化などの議論に加え、権利制限規定の見直しを含めた議論も重要になってくると考える。

目次

1. はじめに
2. ロクラクⅡ事件最高裁判決
 - (1) 事案
 - (2) 判旨
 - (3) 若干の検討
3. まねき TV 事件最高裁判決
 - (1) 事案
 - (2) 判旨
 - (3) 若干の検討
4. 侵害主体論・間接侵害論の今後
 - (1) 従来の議論の整理
 - (2) 侵害主体論が争点となった事案の真の問題点
 - (3) ロクラクⅡ判決・まねき TV 判決の理解
5. 結語

1 はじめに

著作権法は、少なくともその一側面において、著作権を与えることによって著作権者に著作物の専有を許し、それにより第三者の著作物の利用から経済的利益の回収を図ることを可能にする制度である。しかし、著作権法が著作権者に禁止権を与えている行為、すなわち、他者がその行為を行った時に「侵害」に該当するものとして差止できる行為は、原則、著作権法 21 条以下に列挙されている行為（「支分権該当行為」）に限

られる⁽¹⁾。著作権者の経済的利益を害する行為であっても、支分権該当行為以外の行為は、「侵害」にあたらないのが原則である。その背後にあるのは、著作権者の経済的利益を保全するためには支分権該当行為に対する禁止権を与えておけば必要十分であり、それ以外の行為に対する禁止権を与える必要性は薄いばかりかアドホックに差止を認めると予測可能性が害され利用者の自由を損なうという考え方と思われる。

しかし、支分権該当行為のみが差止の対象となるという原則は、著作権法を通じて貫徹されていない⁽²⁾、貫徹させるべきとも考えられていない。支分権に該当する行為を直接行っていると直ちにいえない者に対しても、解釈論ないし立法により差止を認めるべき場合があると考えられている。

裁判例は、いわゆるクラブキャッツアイ事件（最判昭和 63 年 3 月 15 日民集 42 卷 3 号 199 頁）で提示された「カラオケ法理」を出発点として、著作権法 112 条に基づく差止の相手方を広げる法理を展開させてきた。差止対象を広げようと、多くの下級審判決が著作権侵害行為（すなわち支分権該当行為）を行っている「主体」を規範的に拡張して認定するという手法を用いてきた（「侵害主体論」）。多くの裁判例・学説が様々な解決方法を議論してきたが、最高裁は最判平成 23

年1月20日〔ロクラクⅡ〕(および最判平成23年1月18日〔まねきTV])において侵害主体論の考え方の一つの完成形を提示し、錯綜してきた議論に終止符を打とうとしたようにも思える。

本論文では、ロクラクⅡの最高裁判決を中心に、まねきTV事件の最高裁判決と比較しながら、これらの最高裁判決の意義・射程について整理したい。最高裁判決はこれからの議論に一定の道筋をつけるものであるが、侵害主体論・間接侵害論の議論に終止符を打つとは言い難いものである。近年侵害主体論をめぐる紛争が多発している背景には、デジタル化・ネットワーク化の進行によって一般の消費者に対し著作物の利用範囲を拡大するサービスを提供する業者が急増しているという事情がある。問題の本質をとらえるには、許される私的利用の範囲について著作権法としてどのような線引きをするべきかの再考が必要であり、この点を踏まえた今後の進むべき方向性を提案していきたい。

以下では、まず2.でロクラクⅡ最高裁について検討し、その意義・射程を探る。さらに、それと比較しながら3.でまねきTV最高裁についても検討を加える。最後に4.で、従来の議論を整理しながら両判決につき総合的な検討を行い、これらの事案の抱える本質的な問題・今後の方向性について考察することにした。

2 ロクラクⅡ事件最高裁判決(最判平成23年1月20日)

(1) 事案

XらはいわゆるTV局であり、Xらが製作した放送番組又はXらが行う放送について著作権又は放送事業者の権利に基づき複製権(著作権法21条,98条)を有している。Yは、「ロクラクⅡ」というインターネット通信機能をもつハードディスクレコーダーを用いたサービスを提供している。本件は、XらがYの行為がXらの有する複製権を侵害するものとして、その差止・損害賠償の支払い等を求める事案である。

Yの製造・販売するロクラクⅡには親機と子機とがあり、親機は地上波アナログ放送のテレビ番組をデジタルデータ化して録画しインターネットを介して送信する機能を有している。子機はインターネットを介して親機に録画指示を出し、親機から録画データを受信して再生する機能を有している。親機にはテレビアン

テナで受信された地上波アナログ放送が入力されており、録画の指示があると録画が行われて子機に送信されるという仕組みになっている。

Yはこの親機・子機を販売又は貸与するというサービスをはじめた。このサービスを利用して、各利用者は親機を預けたうえ(Y自身あるいはYが関与する者が預かっていたかどうかは争いがあり、Yは預かり先の斡旋等はしてないことを主張している)子機を手元において、遠隔地などで放送番組等を受信することが可能であった。Yの親機の管理状況については争いがあったが、原審は仮に親機がYの支配・管理する場所に設置されていたとしても、Yは本件サービスの利用者が複製を容易にするための環境等を提供しているにすぎず、Yが複製をしているとはいえないとして請求を棄却した。

(2) 判旨

「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。」

(3) 若干の検討

本事件は、録画ネット事件(知財高決平成17年11

月15日) および次に紹介するまねきTV事件と並び、テレビ放送を本来視聴できない場所でも視聴できることを可能にするサービスを提供することが著作権侵害となるかが問われたケースである。

本事件の一審は、クラブキャッツアイ事件の最高裁判決を踏まえて、問題とされている行為(提供されるサービス)の性質に基づいて、「支配管理性」と「利益の帰属」等の諸点を総合考慮して判断すべきであるという判断の枠組みを示した。そして、Yは重要な役割を果たしている親機ロクラクを管理支配していることと認められることから、Yは本件放送番組等の管理支配をしているということができ、それによる利益を得ているものと認められるので、複製行為の主体ということができると判断した。

一方で、原審ではクラブキャッツアイ最高裁の枠組みに依拠しない形での判断が示された。原審は、①本件サービスの目的、②機器の設置・管理、③親機ロクラクと子機ロクラクとの間の通信の管理、④複製可能なテレビ放送及びテレビ番組の範囲、⑤複製のための環境整備、⑥控訴人が得ている経済的利益を総合すれば、Yが本件複製を行っていることは明らかというXらの主張に基づき、各事情について個別に検討した。そして、仮に親機がYの管理・支配のもとにあったとしても、各事情はいずれもYが複製を実質的に管理・支配していることを肯定できるものではないと判断した。そのうえで、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すぎないという見方を示し、適法な行為が累積・増大しても違法に転化する余地はなくXらの正当な利益は侵害されていないと述べた。そして、クラブキャッツアイ事件について、本件と事案を異にすることを明言した。

このような流れの中で最高裁は、前記のような判断を示した。最高裁の考え方は、一審の考え方とも原審の考え方とも異なると思われる。

まず最高裁の考え方は、「支配管理性」と「利益性」を主たる考慮要素にあげた1審の考え方とは異なる。すなわち、最高裁は考慮すべき要素として「複製の対象、方法」と「複製への関与の内容、程度」とをあげており、特に「利益性」について全く言及がない点が一審とは大きく異なる。1審は、「物理的な利用行為の主体」とは言い難い者を、管理(支配)性および営業上の利益という二つの要素に着目して規範的に利用行為

の主体と評価する考え方」という意味での「カラオケ法理」⁽³⁾(主体認定を「社会的・経済的な観点から」総合的に行う考え方の1つ⁽⁴⁾)を取っていたものと解されるが、最高裁が少なくともこの2つの要素に着目しなければならないとは考えていないことは明らかである⁽⁵⁾。そのような(狭い意味での)「カラオケ法理」は最高裁では採用されていない^{(6),(7)}。

一方で、最高裁は2審の考え方も否定している。知財高裁の考え方は、何人かの論者も指摘するように⁽⁸⁾、物理的・自然的な観察によれば個々の利用者が複製の主体であり、業者はその複製を容易にする環境を提供しているが、業者の行為は利用者の私的使用目的の複製(30条1項)を容易にしているに過ぎないので、規範的な侵害の「主体」とはいうことができないというものである。

知財高裁の考え方には次の2つの点から異論を提起しうる。第一に、物理的・自然的に観察しても利用者のみが複製の主体であるとは直ちには言えない⁽⁹⁾。第二に、物理的・自然的な主体は個々の利用者であり、業者の行動はその支援にすぎないというのが知財高裁の見方だが、そうだとしななお業者の行動が差止の対象たりうるかを社会・経済的な観点から総合考慮しようというのが従来の「カラオケ法理」の本質である。知財高裁がそのような総合考慮をした形跡はなく業者のサービスの経済的意義を全体的に観察しようという視座が欠けている⁽¹⁰⁾。

最高裁が否定した2審の考え方というのは、誤解を恐れずにいえば、主に第一の点であって、第二の点に関しては踏み込んだ判断をしていない。

最高裁は複製の主体は「複製の態様、方法、複製への関与の内容、程度等の諸要素」を総合考慮して判断すべきとしている。そして、原審で事実認定がされなかったため、「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、サービス提供者が、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機器に入力して、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」という事例(「判決設定事例」)において、サービス提供者が複製の主体といえるかを判断した。ここでは「総合考慮」型の判断を行っていることから、複製主体の認定が単純な自然的・物理的観察とは異なり規範的なものであることは前提とされている⁽¹¹⁾。しかし、判決において業者が複製の主体とされたのは、機

器への情報の入力という「複製の実現における重要な行為」をしていたからである。複製という結果が生じるにあたってどれだけ重要な役割を果たしたのかという関与の程度が主な考慮要素とされているのである⁽¹²⁾。その認定は、誰が複製の結果の実現に強く関与したのかということが問題とされている。すなわち、自らの管理・支配のもと、複製対象コンテンツである放送を複製機器に提供するという行為（判決の言葉でいえば「情報の入力」）が重要であり、複製に不可欠と評価されていて、利益性や機器の所有権の所在などの社会的・経済的要素は考慮に入れられていない。

差止の対象たる主体を決めることは「法的判断」であることは当然である⁽¹³⁾ことからして、最高裁が主体認定を規範的に行ったことは間違いなが、それは「主体」の認定を社会的・経済的な観点から判断すべきという従来の「カラオケ法理」が前提としていた立場（「従来の侵害主体論」）を肯定したことは意味しない⁽¹⁴⁾。本件の事例判断は、主体の認定は「物理的行為主体」とそれに準ずるものに限られるべきという立場⁽¹⁵⁾でも説明可能なものである⁽¹⁶⁾。最高裁は、知財高裁の判断が、業者を「物理的行為主体」又はそれに準じるものとして主体と認定することは到底できないということを前提にするものであるならば、それは誤りであることを指摘したにとどまる。

本件では、「物理的行為主体」ないしそれに準じるものとして、少なくともYも複製の主体となると認定することができたので⁽¹⁷⁾、すすんで社会的・経済的観点もおりこんでYが複製の主体となるべきかは判断しなかったのである。したがって、知財高裁が社会的・経済的要素も織り込んで侵害主体を判断すべきという立場を否定したことに関しては、最高裁はいずれの立場も表明していないのである。

一方で、金築補足意見は、これと異なりもう少し踏み込んだ見解を示している。本件のサービスを「単なる私的使用の集積と見ることは実態に沿わない」と述べ親機のもつ社会的・経済的意義を軽視してはならないことを指摘し、また、（本件の結論を左右するわけではないとしながらも）利用者はテレビ番組を録画視聴できるというサービスに料金を支払っていると解するのが自然であり、単なる私的使用の環境・条件の整備に料金を支払っているという原審の見方には疑問があって、経済的利益の帰属を肯定できるとしている。金築意見は、従前の支配管理性・利益性に着目する考

え方に極めて肯定的であり、基本的には従来からの「カラオケ法理」⁽¹⁸⁾を認めるものであると解される⁽¹⁹⁾。

結局、最高裁は、侵害の主体は総合考慮により規範的に認定されるべきことを認めたが、その必要十分な考慮要素を明らかにしなかった。本件の事案は、「物理的行為主体」ないしそれに準ずるものとして十分認定可能なものであり、複製の実現に重要な情報の入力をしたという点が捉えられて主体と認定された。このように複製の実現に重要な関与をしたことが主体と認定されるための必要条件なのか、あるいは、それがなくてもより社会的・経済的な観点をも総合考慮して主体を認定できるのかはまだオープンなままである。その意味で「カラオケ法理」を含めた従来の侵害主体論は決して否定はされてはいないが相対化されており、別の解決策を探る余地を最高裁は否定していない。

3 まねき TV 事件最高裁判決（最判平成 23 年 1 月 18 日）

(1) 事案

Xらはいわゆる TV 局であり、Xらが製作した放送番組又はXらが行う放送について、著作権として公衆送信権（法 23 条 1 項）又は放送事業者の権利として送信可能化権（99 条の 2）を有している。本件は、Yの提供する「まねき TV」というサービス（利用者の所有の「ロケーションフリー」という市販の機器を預かり事務所内に設置することによって、利用者がインターネットを通じてどこでもテレビ番組を視聴できるようにするサービス）が、Xらの上記の権利を侵害するものとして、差止・損害賠償を求めた事案である。

ロケーションフリーの本体は、地上波アナログ放送を受信して利用者からの指示があると放送をデジタルデータ化してそのデータを自動的に送信する「ベースステーション」という機器である。利用者は端末（汎用の PC 等）を手元に置き、インターネットを介してベースステーションと 1 対 1 に対応させて、ベースステーションから送られてくる放送のデータをその手元の端末で視聴・録画できる。すなわち、利用者が手元の端末から特定の放送の送信を指示すると、その指示が対応関係を持つベースステーションに伝えられ、ベースステーションに常時入力されているアナログ放送がデジタルデータ化されて、そのデータが利用者の手元の端末に送られてくる、という仕組みである。

本件のサービスにおいて、Yは利用者から入会金及

び月額使用料を徴収し、利用者の所有するベースステーションを預かって、テレビアンテナから放送を受信できるように接続させ、インターネットにも接続させている。

Xらの主張は次の通りであった。Yの行為のうち、ベースステーションへの放送の入力、又は、放送が入力されているベースステーションをインターネットにつなぐことが、本件放送の送信可能化にあたる。また、Yが本件番組を各利用者の端末に送信することが、本件番組の公衆送信にあたる。

(2) 判旨

「自動公衆送信は、公衆送信の一態様であり（同項9号の4）、公衆送信は、送信の主体からみて公衆によって直接受信されることを目的とする送信をいう（同項7号の2）ところ、著作権法が送信可能化を規制の対象となる行為として規定した趣旨、目的は、公衆送信のうち、公衆からの求めに応じ自動的に行う送信（後に自動公衆送信として定義規定が置かれたもの）が既に規制の対象とされていた状況の下で、現に自動公衆送信が行われるに至る前の準備段階の行為を規制することにある。このことからすれば、公衆の用に供されている電気通信回線に接続することにより、当該装置に入力される情報を受信者からの求めに応じ自動的に送信する機能を有する装置は、これがあらかじめ設定された単一の機器宛てに送信する機能しか有しない場合であっても、当該装置を用いて行われる送信が自動公衆送信であるといえるときは、自動公衆送信装置に当たるといべきである。

そして、自動公衆送信が、当該装置に入力される情報を受信者からの求めに応じ自動的に送信する機能を有する装置の使用を前提としていることに鑑みると、その主体は、当該装置が受信者からの求めに応じ情報を自動的に送信することができる状態を作り出す行為を行う者と解するのが相当であり、当該装置が公衆の用に供されている電気通信回線に接続しており、これに継続的に情報が入力されている場合には、当該装置に情報を入力する者が送信の主体であると解するのが相当である。

これを本件についてみるに、各ベースステーションは、インターネットに接続することにより、入力される情報を受信者からの求めに応じ自動的にデジタルデータ化して送信する機能を有するものであり、本件

サービスにおいては、ベースステーションがインターネットに接続しており、ベースステーションに情報が継続的に入力されている。被上告人は、ベースステーションを分配機を介するなどして自ら管理するテレビアンテナに接続し、当該テレビアンテナで受信された本件放送がベースステーションに継続的に入力されるように設定した上、ベースステーションをその事務所に設置し、これを管理しているというのであるから、利用者がベースステーションを所有しているとしても、ベースステーションに本件放送の入力をしている者は被上告人であり、ベースステーションを用いて行われる送信の主体は被上告人であるとみるのが相当である。そして、何人も、被上告人との関係等を問題にされることなく、被上告人と本件サービスを利用する契約を締結することにより同サービスを利用することができるのであって、送信の主体である被上告人からみて、本件サービスの利用者は不特定の者として公衆に当たるから、ベースステーションを用いて行われる送信は自動公衆送信であり、したがって、ベースステーションは自動公衆送信装置に当たる。そうすると、インターネットに接続している自動公衆送信装置であるベースステーションに本件放送を入力する行為は、本件放送の送信可能化に当たるといべきである。」

(3) 若干の検討

本判決での主たる争点はベースステーションから各利用者の端末への送信の主体が誰かということである。

送信可能化権侵害の判断にあたって、この送信の主体論をどう判断するかが大きな論点となった（公衆送信権侵害の判断においても同様）⁽²⁰⁾。

送信可能化するとは「自動公衆送信装置」へ情報を入力するなどして「自動公衆送信」し得るようにすること（法2条9号の5参照）であるところ、Yが送信可能化の主体であるというためには、(i)自動公衆送信し得るようにした主体がYであることのみならず、前提として(ii)ベースステーションが「自動公衆送信装置」に該当しなければならない⁽²¹⁾。

そうすると、1対1対応の機能を持つベースステーションが自動公衆送信装置にあたるのかが大きな争点となるが、最高裁（及び1審）の問題整理によれば、結局自動公衆送信装置該当性は、その装置を用いて行

われる送信が自動「公衆」送信であるかによって判断される。そして、公衆要件は著作物を提示する主体と受け手の人的関係性によって判断されると考えるのが一般的である⁽²²⁾ところ、送信の主体と受け手を確定しないと自動公衆装置該当性が判断できないのである。したがって、この送信の主体の確定が大きな論点になるのである。

もちろん、自動公衆装置該当性が上記のように判断されてよいかは大きな問題であり、原審はこれとは異なる判断を示していた⁽²³⁾。最高裁のこの点についての判断もそれだけを取り上げる価値のある大きな判断であるが、本稿のテーマとの関係上、深入りせず議論を先に進めることとする。

本判決は、自動公衆送信装置における送信の主体は「当該装置が受信からの求めに応じ情報を自動的に送信することができる状態を作り出す行為を行う者」であるという一般論を打ち立てている。そして、「当該装置が公衆の用に供されている電気通信回線に接続しており、これに継続的に情報が入力されている場合には、当該装置に情報を入力する者が送信の主体である」としている。

自動公衆送信装置における主体を確定することは、その送信がそもそも「自動」で行われることからして、簡単なことではない⁽²⁴⁾。たとえば、その装置を設置したものを送信主体と捉えたり、送信を要求したものを主体と捉えたりする考え方があろうが、いずれも単純すぎる考え方であろう⁽²⁵⁾。一審は、基本的に1対1送信であり送信は利用者からの指令で開始され被告の管理がないなどのベースステーションの機能、その所有者が各利用者であること、ベースステーションを含め使用される機器・ソフトウェアは汎用品であることなどの「各事情を総合考慮」して、送信主体は各利用者であると判断していた⁽²⁶⁾。

一方で最高裁は、情報を送信できる状態を作り出す者こそが主体であると判断した。情報が実際に送られるときに利用者が指令を出すことなど、最終的な送信開始の口火を切る行為を誰がしたかは大きな問題ではなく、そもそも情報が送られうる状態を作り出すことが送信の主体となるうえで必須であると考えたのである⁽²⁷⁾。最高裁は、送信の主体を、そもそも「情報」を確保しそれを送信し得る状態におくという送信の前提的行為を行う者こそがそれにあたる考えたのであ

る。

最高裁がこのように判断したのは、1つにはこう考えることによって送信可能化行為の主体と自動公衆送信装置による送信の主体とを一致させる⁽²⁸⁾、⁽²⁹⁾ためである。著作権法2条1項9号の5によれば「送信可能化」とは同号イ・ロに掲げる行為により「自動公衆送信し得るようにすること」であり、本判決の説示はそれを少し言い換えただけのような表現である。そもそも送信可能化を支分権に含めたことの趣旨が自動公衆送信の準備行為を自動公衆送信がいわば未遂の段階で補足することにあつたという理解を前提にすれば、両者の主体が一致しないとむしろおかしいことになってしまう⁽³⁰⁾。「当該装置が公衆の用に供されている電気通信回線に接続しており、これに継続的に情報が入力されている場合には、当該装置に情報を入力する者が送信の主体である」という文言が同号イの第4段目の文言ほぼそのままのも、送信の主体が送信可能化の主体と一致することの反映である。

送信可能化の主体と自動公衆送信の送信主体を一致させることは法の構造に基づく判断である。これと別に考えなければならないのは、実質的にいかなる行為をするものが送信可能化主体=自動公衆送信の主体といえるのかということである。送信可能化については条文に細かい定めがあるから、その実質的な意味を理解する作業をしなければならない。

法2条1項9号の5イは、4つの行為類型をあげているが、それはいずれもすでにネットワークにつながっている自動公衆送信装置に送ろうとする情報をセットすることであり⁽³¹⁾、同ロに掲げる行為はすでに情報がセットされた装置をネットワークに接続する行為である。これらの行為の共通点は、各利用者が自分では手に入れられないコンテンツの源を取得し利用可能にしたと評価できることにあると考える⁽³²⁾。逆に言えば、コンテンツを取得してきていない場合には、情報入力の手続きを形式的に行っているように見えても、情報入力の主体とは認定されないことになるだろう。たとえば、メールサーバーへの情報の記録の主体はメール送信者であってサーバー運営者ではなく、メールの内容を提供している者こそが情報の記録の主体と解されることになる⁽³³⁾。クラウドサービスへのファイルのアップロード及びダウンロードにおいて、送信可能化及び送信の主体はクラウドサービス運営者ではなく各利用者となるだろう。

本判決の主体認定においては、従来の「カラオケ法理」において言われてきた管理・支配性と利益性をはじめとする社会・経済的な視点は登場しない。もちろん、主体認定が法的認定であることは疑いなく、本判決で単純な自然的・物理的な主体の認定が行われているわけではない⁽³⁴⁾。しかし、従来の「カラオケ法理」は明らかに使われていないし、少なくともそれを肯定したと判断できる契機は存在しないと思われる⁽³⁵⁾。

本判決は、主体認定のあてはめにおいて、(i)自ら管理するテレビアンテナに分配機を介するなどしてベースステーションを接続していること、(ii)アンテナに受信された本件放送がベースステーションに継続的に入力されるよう設定したこと、(iii)ベースステーションを自らの事務所に設置し管理していること、を根拠にあげて、Yを情報の入力主体であると認定した。この説示が管理・支配を問題にしており従前の「カラオケ法理」を適用していると理解することも不可能ではないかもしれない。しかし、利益性には全く触れずに放送の取得経路の管理状況を検討していることに照らせば、放送というコンテンツの取得を誰が行っているかと評価すべきなのかを総合考慮していると理解すべきである。

まねき TV 最高裁も規範的な主体認定を肯定したが、それはカラオケ法理とその延長たる従来の侵害主体論を全面的に肯定するものでは決していない。利益性などの社会経済的な側面は問題にせず、あくまで侵害結果への関与の度合いという点のみを問題にしているように思われる。その意味で、いわゆる「物理的行為主体」の認定に近い判断しかしておらず、この点はロクラク事件と共通する。また、その際にコンテンツの取得者が誰かという点に重きをおいた評価がなされている点も共通する。まねき TV の最高裁はロクラクと異なり主体認定のための考慮要素に言及していないが、これは単に本件が、自然的な直観の帰結でもYが情報を入力していると感じられる事案であったので、わざわざ明示する必要がなかったことを示しているに過ぎない⁽³⁶⁾。ここでもカラオケ法理や社会・経済的観点を重視する侵害主体論の地位は相対化されたままであるといえる。

4 侵害主体論・間接侵害論の今後

以下では、両最高裁判決の分析を踏まえて、侵害主体論・間接侵害論の今後の議論の方向性について検討

する。

(1) 従来の議論の整理

直観的には(自然的・物理的観察では)支分権該当行為の主体であるとはいいいくい者に対する差止を肯定する法理としては、概ね以下の考え方が⁽³⁷⁾。

差止の対象を拡張する方法としてもっとも直截な方法は立法である。差止したいと考える行為を新たな支分権として立法する、またはその行為を侵害とみなす規定を新設することが考えられる。しかし、どのような行為をリストアップして差止の対象とすべきかは自明ではないし、その対象を選別する理論的な基準を持たなければ立法を具体化することはできない⁽³⁸⁾。差止すべきと思われる行為を直観的に選び出し、安易にリスト化するような立法は拙速に思える。

解釈論の枠組みで解決するためには、112条の差止請求の相手方たる「侵害主体」(「侵害する者または侵害するおそれがある者」)の範囲の解釈として行う必要があるが、そのやり方には2つの方向がある⁽³⁹⁾。1つは、112条にいう「侵害する者」は行為の直接の主体に限られると考えたうえで、直接行為主体の範囲を端的に拡張的に解釈する理論である。これにはいわゆる「カラオケ法理」や「手足論」が含まれる。もう一つは、直接行為主体とは別に、その者に侵害をさせる者(=「間接侵害者」)⁽⁴⁰⁾という概念を立てたうえで、両者とも112条にいう「侵害する者」にあたるとして差止を認める理論である⁽⁴¹⁾。この2つのアプローチを、本稿では、前者を「直接侵害拡張アプローチ」、後者を「間接侵害アプローチ」と呼んで区別することにしたい。

一つ注意したいのは、どちらの考え方をとって、も、「直接行為主体」の認定は規範的になされるということである。主体の範囲を「物理的行為主体」に限る、「手足型行為主体」までも含める⁽⁴²⁾、「カラオケ法理」のように社会経済的な要素も考慮して判断するなど、主体認定には様々な考え方があがるが、そのいずれも法的な判断であり、規範的な判断を含むものである⁽⁴³⁾。違いは、間接侵害アプローチの場合は、直接行為主体の認定の段階では比較的限られた考慮要素により主体を決めた後、その直接行為主体を助ける者をどの範囲まで間接侵害者としてよいかを考慮する思考プロセスをたどるに対し、直接侵害拡張アプローチは1段階のプロセスで最初から総合的に考慮してその者を差止の対象としてよいかを判断するというプロセスによる。

両者の違いは考えのプロセスの違いであって差止の範囲の広さと直結するわけではない。

従来のカラオケ法理にも、直接侵害拡張アプローチと間接侵害アプローチが混在していたように思われる。直接行為主体を拡張的に認定するために管理・支配性と利益性を考慮していた考え方もあれば、間接侵害の範囲を確定するために管理・支配性と利益性を考慮していた考え方もあったであろう⁽⁴⁴⁾。

むしろ2つのアプローチを区別することの意義は、支分権該当性（特に「公衆」要件）及び権利制限の適用（30条、38条など）の有無が変わることである⁽⁴⁵⁾。たとえば、著作物の複製が行われている場合において直接的に複製物を享受している利用者と背後の業者とがいるケースを考える。このとき、業者を直接行為主体と見ると複製が私的複製でなくなり権利制限規定の適用がなくなって複製権侵害に該当するが、利用者を直接行為主体と見て業者を間接侵害者と見ると（間接侵害の従属説をとる限り）適法な利用者の私的複製を幫助しているだけなので侵害責任を問えなくなる。もっとも、直接侵害拡張アプローチをとっても、適法な私的複製の集合であるという点を考慮要素の中に取り込んで業者が直接行為者にあたるかを判断するという考え方をとることも不可能ではない。そうすると、直接侵害拡張アプローチの特徴は、総合考慮の中で公衆性や私的複製、非営利性（38条）などの判断を自由に迂回できるようになる点であるといえる⁽⁴⁶⁾。

(2) 侵害主体論が争点となった事案の真の問題点

① 問題点の抽出

侵害主体論・間接侵害論が議論になった事件から、例としてロクラクⅡ事件、まねきTV事件、録画ネット事件⁽⁴⁷⁾、選撮見録事件⁽⁴⁸⁾、MYUTA事件⁽⁴⁹⁾、ファイルログ事件⁽⁵⁰⁾、クラブキャッツアイ事件を比較してみよう。

これらの事件のうち一部の事案の共通点に、問題になっている著作物は、被告の行為がなくてももともと享受しえた著作物であるという点があげられる。ロクラク・まねき・録画ネットでは番組を視聴できる場所・時間が、MYUTAでは音楽を聴ける媒体が拡張されている。被告のサービスにより利用者はその著作物を享受できる場所・時間・媒体などが元々予定されていたよりも拡張され、一方で、一定の範囲では享受がその前から可能であったという特徴を有しているのである。すなわち、タイムシフティング・スペースシフティング・メディアシフティングが行われている。

ファイルログ事件ではこのようなシフティングは行われていない。利用者が手に入れる音楽ファイルは、利用者がもともと聞くことが全くできなかったものである。各利用者のファイル複製・送信行為は、特に異論もなく、著作権侵害といえる⁽⁵¹⁾。そして、サービス提供者のした行為は、このような違法行為が大量に行われることを容易にする行為である。そこでは侵害行為を集積・助長する行為に対しても、差止の範囲を拡大するにはどうしたらよいかということが問題になっている。ここでの課題は「個人の著作権侵害行為を集積・助長する行為に対する法的救済手段をどのよ

	著作物	提供源	享受者	問題の行為	権利	差止
ロクラク	テレビ番組	? 放送	利用者(別地域)	番組の録画・転送サービスの提供	複製	審理中
まねきTV	テレビ番組	? 放送	利用者(別地域)	番組の転送サービスの提供	送信	審理中
録画ネット	テレビ番組	? 放送	利用者(別地域)	番組の録画・転送サービスの提供	複製	認容
選撮見録	テレビ番組	? 放送	利用者(同一地域)	集合住宅用録画機の販売	複製・送信	認容
MYUTA	音楽	利用者	利用者(同一)	ファイル形式変換サービスの提供	複製・送信	認容
ファイルログ	音楽	利用者	利用者(別人)	P2P ファイル交換サービスの提供	複製・送信	認容
キャッツアイ	音楽	店	利用者	カラオケスナック(ホステスあり)の経営	演奏	認容

※送信：公衆送信権（送信可能化も含む）

うに実現するのか⁽⁵²⁾ということである。侵害主体論を論じる際にはこの第一の課題がもっとも注目されているだろう。

ところが、ロケラクなどのシフティングが行われている事件では、そのような侵害行為の集積・助長という観点も重要だが、むしろ問題なのは業者の支援によって著作物の使用「範囲」が拡大されていることをどうとらえるかである。この問題がファイルログと違うのは、各利用者がすでに手許にある著作物の使用「範囲」の拡大を行うことは、従来は私的使用目的の複製ないし公衆に対しない送信に当たるなどの理由から、著作権法上適法とされてきたことである⁽⁵³⁾。個人が使用範囲を拡大する行為は、従来は技術的制約から少量しか行われなかったためさして問題にする必要がなかった。これが技術の発展により大規模化してきたときに、単なる私的複製の集積と見ることは躊躇を覚える。一方で、個人的には許されてきた行為が効率化・集積されたからといって違法に転じることに無理不尽さを感じずにはいられない。問題を正面から解決するためには、それらの使用範囲拡大行為が、大量か少量かにかかわらず、著作権法として許すべき行為か否かを判断する必要があると考える。ここでの課題は「私的な利用として許される範囲はどこまでであるかを著作権法上どのように画定するのか」ということである⁽⁵⁴⁾。これが侵害主体論の第二の課題である。

② 私的使用目的の複製について

第二の課題に関して、著作権法の30条1項の規定を検討してみる。

著作物の使用範囲を拡大する行為が集積されることについて、現行の著作権法は一定の答えを提示している。30条1項1号は「公衆の使用に供することを目的として」設置された「自動複製機器」で複製をすることは私的複製にならず違法になるとしている。この趣旨は、もともと30条1項の立法趣旨は家庭などの閉鎖的な範囲内の零細な利用を認めることにあるところ⁽⁵⁵⁾、業者に複製を依頼する場合などは大量に複製が行われ著作権者の利益を害することから、私的複製の名のもとに容認することはできないからだとされている⁽⁵⁶⁾。つまり、私的に複製することによって利用範囲を広げることは本来なら違法だが量が少ないので見逃しているのであり、それが大量に集積される場合にはもはや見逃すことはできず違法となると考えられてい

るのである。そうすると、私的な使用を効率的・画一的に集積する行為は、少なくとも現行著作権法の解釈としては、違法と見ざるを得ないということになるのだろう。現在の著作権法は「塵（零細な適法行為）も積もれば山（違法な行為）となる」という考え方によっている⁽⁵⁷⁾。

しかし、上記の考え方には異論を提起し得る。第一に、私的な使用を効率的に集積することが違法であり、非効率なシステムを構築した時は適法になるという結論は、技術の進歩に対して逆行的であり妥当な方向性なのだろうかという素朴な疑念を禁じ得ない⁽⁵⁸⁾。より本質的な点として、第二に、私的な使用範囲の拡大が本来的に違法だとする考え方は一貫性を保てないように思われる⁽⁵⁹⁾。たとえば、議論を一貫させるためには、テレビ番組のタイムシフティングも本来的には違法でありそれを集積させる行為（たとえばビデオ録画機の販売）は違法と考えることになってしまう。また、購入したCDから音楽を自らの携帯端末に移すこと（いわゆるメディアシフティング）が本来的には違法であるという考え方も直ちには納得しがたい。このような考え方は多くのクラウドサービスを違法と考える契機をはらんでいるようにも思われる⁽⁶⁰⁾。私的な使用範囲の拡大行為は、いかに集積されようとも、本来的に適法だと考えられる場合があると考えられる。

30条1項によって私的使用を目的とする複製が適法とされるのは、それが零細な利用にすぎないからという部分もあるのは確かだが、大量に集積されたとしても本来的に複製が適法とされるべき場合もあると考える。

では、どのような場合が「本来的」に適法なのであろうか。詳細な検討は別稿に譲りたいが、簡単に検討の方向性を示したい。許される私的使用の範囲は、取引の中でどのような範囲の使用が予定されていたと考えるのかによって決せられると考える。つまり、書籍を購入したものが家庭内で一部コピーをして用いることができること、CDを購入したものが携帯用音楽プレイヤーに音楽をコピーすることができることなどの私的複製を適法とすべきなのは、著作物を最初に購入するときに、そのような範囲までの複製は織り込んで取引が行われているとみなせることに根拠がある。つまり、そのような使用については最初の契約の際に著作権者は対価を回収しており、その範囲での使用を許してももはや著作権者に損害は発生しないと考えられ

るからである。著作者は対価回収の機会を1回は保障されているから著作者の利益を害するものではなく、一方で新たな著作物の利用を市場の自由に任せることによって利用者の利便性の増進が図られる。なお、このような考え方は消尽論の理論的根拠と共通性を見出すことが可能だろう⁽⁶¹⁾。

上記の考え方を、前記の裁判例の事案について適用するとどのように評価できるであろうか。ロクラク・まねき・録画ネットなどの場合、放送は地域ごとに区切ってされるものであるという特質がある。タイムシフティングについては著作権者もそれを予定してコンテンツを流通においたと評価できるが、放送区域外へのスペースシフティングは全く予定されていない範囲での使用であり著作権者に損害が生じていると考えざるを得ないかもしれない⁽⁶²⁾。あるいは、そもそも各利用者はコンテンツを当該業者から「購入」していると思われるのであって、スペースシフティングという性質決定が誤りといえる事案だったのかもしれない⁽⁶³⁾。一方で、著作権者が報酬を得るべきであり著作物の流通も権利者が支配するのが原則だとしても、著作権者が新しい流通経路の誕生に介入することをすべて正当と考えてよいかには疑問が残る。MYUTAではCDから携帯電話へ音楽の移行が行われたが、当時の技術では移行が極めて困難だったことを前提にすると、最初に「携帯電話でも聴ける権利付で音楽を買った」と見るのは困難と考えるのも無理はない。しかし、新しい媒体の登場は予測不能なものであり、それを著作者の管理下に置き続けると、既存の権利者は新しい媒体の利用に消極的な場合も少なくないことを考え合わせれば、著作者の権利は及ばないとする方が新媒體の普及がスムーズにいくなど効率的であるかもしれない。そうであれば、媒体を限定せず享受できる権利付の音楽を権利者は販売しており対価の回収は済んでいたとみなすべきだったとも考えられる。選撮見録は放送区域内のスペースシフティングであり家庭内の録画と変わらないと見るのが適当であったろう。

もっとも、現行法は、私的複製は①複製の主体が各利用者であり(30条1項では「その使用する者」が複製しないとイケない)、かつ、②公衆の用に供する自動複製機器によらない場合に適法になる(30条1項1号)という仕組みであり、上述のような考慮を解釈論に盛り込むことは(少なくとも表面的には)不可能である。各利用者の利用が許されるかどうかをまず判断

して、そのうえでそれを集積・助長する者の行為をどう考えるかというのが判断の本筋であり、本稿が指摘する第一の課題および第二の課題が明確に認識できる判断の手法であることからすると、本質的には立法を待たざるをえない。

とはいえ、解釈論により結論を左右させることは不可能ではない。近時「その使用する者」の解釈を柔軟にすることによって業者が絡んだ私的複製を適法にする解釈論があるが⁽⁶⁴⁾、これにより集積された私的利用範囲拡大の一部を適法にすることが可能になる。そして、より結論を左右させやすいのは直接侵害拡張アプローチによることである。主体認定が「総合考慮」により行われるため30条適用の有無を自由に左右させることができ、結論を操作することができる。裁判例で直接侵害の拡張が好まれる理由の一つはここにあると解されるが、あくまで現行法を前提にした便法にすぎないことは強調しておきたい。

③ 「公衆」要件について

次に公衆送信権について課されている「公衆によって直接受信されることを目的として」(2条1項7号の2)の要件、特に「公衆」の意義について考えてみたい。この要件も前記第二の課題を考えるにあたって重要である。というのは、私的使用は従来送信行為が絡むことは少なかったと思われるが、各種クラウドサービスの発展に伴うサーバーとのやり取り等、不可避免的に送信が絡む機会が多くなると考えられるからである⁽⁶⁵⁾。

公衆送信権も、私的複製のような「塵も積もれば山となる」という発想により成り立っている。たとえば、クラウドサービスから自分の持つ音楽ファイルをダウンロードする場合を考えてみよう。各利用者が自分から自分に送る送信は、特定少数に対するものであり公衆送信権侵害にはならない。それを集積・助長する業者が間接侵害であるとされても、従属説によれば差止の対象にはならないで済む。ところが、業者が侵害主体であるとされると、各ユーザーに対する送信は公衆送信になる⁽⁶⁶⁾。公衆送信権は端的に、大量の送信が行われる(おそれがある)ときに限って支分権該当性を肯定する構造になっていることからすれば当然である。

しかし、ここでも同じ疑問を投げかけることができる。少量だったから適法であったが大量になったら違法になるというタイプの議論ですべてを片付けること

ができるのだろうか。公衆に対して送信が適法となるのは、そのような範囲の使用に対して著作権者はすでに対価を受け取っており想定範囲内であるからという場合もあるのではないか。たとえば、家族に対して音楽ファイルの送信が許されるのはそのような利用方法も織り込み済みだったからであり、業者が手伝ったからと言ってその性質は変わらないのではないだろうか。少量であっても許されない送信もあれば、大量でも許される送信もあると思われる。第二の課題に答え著作権法が抱えている課題に正面に取り組むためには、私的な利用に際して許される「送信」の範囲を再検討する必要があると考える。

もちろん、このような考慮は現行法の枠組みではできない。もし上記のような結論を導きたいなら、侵害の主体の移動により「公衆」要件の適用の有無を動かすという手法によらざるを得ないだろう（送信可能化の要件中の「自動公衆送信装置」「同一構内」などの要件を動かすという方法も一応考えられる）。

④ 問題を解決するためにどのアプローチをとるべきか？

以上、問題の本質には2つの課題があるという観点からすると、問題の解決には、どちらのアプローチが有効なのであろうか。

侵害の集積・助長をどうするかという第一の課題に対しては、どちらのアプローチによっても大差ないと思われる。ここでは結局、侵害の結果を惹起するものをどこまで差止の対象とするのかが問われているのであり、直接行為主体と間接侵害者を区別する必要性が薄いからである⁽⁶⁷⁾。

むしろ、第二の課題を明確にするためにこそ、直接主体と間接侵害者を区別する必要性が生じるのである⁽⁶⁸⁾。それは、支分権該当行為の直接の主体とされた者が、「公衆」要件判断、30条該当性などの判断をするときの判断の基準となるからである⁽⁶⁹⁾。間接侵害者は差止の対象とはなっても、「公衆」の判断、30条該当性などの判断の際の行為の主体であるとはされない。

このような2段階の思考を取ることによって、「利用者の私的な利用として許される範囲はどこまでか」という課題を直接行為者が侵害者となるかという議論の中で明確にした後、背後者の行為が適法な行為を助長するものか違法な行為を助長するものかという判断に移ることにより、2つの課題の存在が明確に意識さ

れるようになる。

つまり、直接行為主体と間接侵害者を区別することの実益は、支分権該当性（公衆要件）・権利制限該当性の判断の基準となる主体を設定することにあるといえる。

その観点からすると、直接行為主体は次のように画すべきと思われる。第一に、物理的に複製・送信などの行為を行っているとき、自然な言語感覚のもとでもいえる者でなければならない。第二に、複製・送信等のコンテンツ等を自ら提供したといえる者でなければならない^{(70)・(71)}。第一の点は要するにいわゆる物理的行為主体とそれに準じる者に直接主体は限られるべきという考え方である⁽⁷²⁾。第二の点が求められるのは、公衆性の判断や私的複製該当性の判断にあたって重要なものが、コンテンツが誰から誰へ渡っているかということだからである。私的使用目的の複製が許されるのは自分がすでに持っているコンテンツの利用範囲を予定された範囲で広げるに過ぎないだからだとすれば、その該当性を判断する際の複製行為の主体はそのコンテンツを有していたものであるはずである。また、公衆送信に該当するかの判断もそのコンテンツがどの範囲の者に渡されたのかを判断するものであるのだとしたら、送信する主体というのはそのコンテンツを有していたものでなければならない。

以上によれば、理論的には直接行為主体を物理的行為主体に準じる者に限り、間接侵害者に対する差止も肯定したうえで、間接侵害アプローチによって差止の範囲を探ることが望ましい。

確かに、30条の解釈や公衆要件の解釈論には限界があることはすでに指摘したとおりであり、その点を克服するために、現状ではより広い考慮要素によって規範的に直接行為主体の拡張を認めていくアプローチの方が実務的には使い勝手がよいのは否めない。しかしながら、このような判断過程をブラックボックス化する手法によっては、予測可能性の高い判断枠組みを構築するのは難しいと考える。少なくとも、従来のカラオケ法理のように、支配管理性・利益性の要件（特に利益性）というなぜ必要とされるのかが不明な⁽⁷³⁾考慮要素に頼った思考を続けていくことには限界がある。

(3) ロクラクⅡ判決・まねきTV判決の理解

さて、以上のような分析を背景に、2つの最高裁判決はどのように評価されるであろうか。

第一に、カラオケ法理を相対化し、直接行為主体を拡張するアプローチにより問題の解決を図るにしても、何を考慮要素とすべきかの議論をオープンにしたことである。従来、クラブキャッツアイ最高裁判決を硬直的に理解し、侵害主体の規範的認定の際に必ず管理支配性と利益性を並べて検討する下級審判決が散見された。このような傾向をいましめ、柔軟な解決の道を開いていることは歓迎すべきことである。

第二に、両判決は主体の認定について、結局、物理的行為主体ないしそれに準じるものとして認定可能な範囲でしか主体認定を行っていない。したがって、もちろん、直接行為主体を拡張するアプローチを否定はしていないが、その際の主体認定に際してどこまで広がりを見せうるのかはオープンなままだし、直接行為主体と間接侵害者を区別するアプローチが採用される余地すら残されている。

第三に、上記の点に関連して、最高裁は主体の認定に際して、コンテンツの提供者が誰であるかという点を重大な考慮要素として主体を決定した可能性があることである。すでに指摘したように、両判決とも、業者が「情報の入力」という「著作物の取得」と評価できる「枢要な行為」へ「直接関与」したことが、主体認定の大きな要素になっている⁽⁷⁴⁾。そうだとすると、間接侵害アプローチ採用の素地もかなり用意されていることになる。

この点と関連して第四に、利用者が著作物を利用することがYの行為がなければおよそ不可能であるといえるかどうか、主体認定の最終的評価になっている⁽⁷⁵⁾。本件の事案では、放送という特殊な流通形態⁽⁷⁶⁾におけるコンテンツ提供者は業者と利用者のどちらと評価できるのかという難しい判断が迫られた。最高裁は、Yの行為があつて初めて、利用者にとっておよそ不可能であったコンテンツ入手が可能になっている点をとらえて、利用者が自分の持ち物をYに便利にしてもらっていると評価するよりは、Yが「商品」を入荷したうえで利用者に譲っているのだと評価したことになる。

5 結語

侵害主体論・間接侵害論が議論される事案の多くにおいて本質的な課題となるのは、「個人の著作権侵害行為を集積・助長する行為に対する法的救済手段をどのように実現するのか」ということと、「私的な利用と

して許される範囲はどこまでであるかを著作権法上どのように画定するのか」の2つである。

規範的に直接行為主体を拡張していくアプローチは、便利であり解釈論で妥当な結論を導きやすいが、課題の所在をあいまいにしてしまう危険もはらんでいる。直接行為主体を決め、その後それを支援する者の間接侵害責任を問うという2段階の思考を取るアプローチの方が考え方として優れている。今回の2件の最高裁判決を前提にしても、間接侵害者を考えるアプローチを採用することは可能である。

しかし、間接侵害アプローチで妥当な結論を得るためには、私的な利用が許される範囲の画定という課題に正面から取り組まなければならない。放送番組をタイムシフティング・スペースシフティングすること、音楽ファイルを別の媒体へとコピーしていくこと、書籍を紙媒体から電子媒体へコピーすること、クラウドを経由したファイルの移動・共有、これらが大量少量にかかわらず、著作権者の許諾なしにやってよい行為なのか否かを判断しなければいけない。小量で非効率に行われているときは適法だが大量になったら違法という理屈に頼るだけでは、問題の本質をとらえることができない。新しいビジネスを進め、著作者・利用者双方の便益を増進するためには、著作者の許諾が必要な範囲を再確定し、著作者に利益が還流する仕組みを確保しつつ、新しいサービスが生まれ各利用者が速やかにそれにアクセスできるようになる仕組みを構築しなければならない。

具体的には、30条の私的使用目的の複製の範囲について立法論を含めた見直しが必要と思われる。30条は零細な利用の侵害責任を問うことはしないのがその趣旨だと理解されてきたが、零細な利用の見逃しによって正当化されるケースと、もともとそのような範囲の使用が許されているのであり大量になってもその正当性は揺るがないケースとの2つが含まれると考えるべきである。くわえて、個別の許諾なしに利用者が利用でき、かつ、著作者に利益を還流できる制度の整備もあわせて必要になるかもしれない。

この課題に取り組むためには理論的な研究を進めることが不可欠であり、フェアユース導入論との議論の歩調をあわせながら、さらなる検討が必要である。本稿がそのような試みの一歩となることを願っている⁽⁷⁷⁾。

注

- (1)たとえば、レコード製作者の音源の複製に対する排他的支配の状態を妨害しレコード製作者による当該音源の独占的販売による経済的利益の確保を阻害する行為は、支分権に該当しない以上「侵害」とはされない（東京地判平成12年5月16日判タ1057号221頁〔スターデジオ事件〕参照）。このような考え方に対し、権利者が利用行為を行うことを実力により妨害する行為も「侵害」に含むという考え方も存在する（上野達弘「著作権法における『間接侵害』」ジュリスト1326号75頁（2007）、81頁およびその注30）、31）は、これを「禁止権説」と「独占権説」の対立として整理している）。
- (2)そもそも、著作権法は、明文の規定（113条）において、侵害とみなす行為を追加しているし、また、多くの判例において直接に支分権該当行為を行っているとはいえない主体に対して112条に基づいた差止請求が認められていることはいままでのない。
- (3)上野達弘「いわゆるカラオケ法理の再検討」紋谷暢男教授古希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』（発明協会、2006）751頁
- (4)金築補足意見によると、カラオケ法理の上記二要素は、社会的・経済的観点から行為主体を検討する際に多くの場合重要な要素となる。
- (5)金築補足意見も、この2要素を固定的なものと考えべきでないことを指摘している。ただし、注14）参照。
- (6)もっとものちに述べるように、このことは規範的に主体を認定すべしという侵害主体論を最高裁が否定したことは意味しない。
- (7)潮見佳男「著作権侵害における『間接侵害』の法理」コピーライト557号2頁（2007）、9頁は、カラオケ法理における「管理・支配」と「利益取得」が要件として機能するのか、総合衡量の際に衡量因子として機能するのかについて、従来の裁判例では後者として機能してきたと論じている。最高裁がこの2つを要件と見る考え方を取らなかったことは明らかであるが、さらに進んで、衡量因子として「管理・支配」「利益性」を過度に重視する見解をも戒めたものと理解できる。
- (8)知財高裁判決がこのような論調であることは、作花文雄「放送番組の録画・配信サービスと著作権制度－私的利用と業的利用の境界領域の秩序形成」コピーライト576号33頁（2009）、47-48頁が指摘している。また、帖佐隆「判批」パテント62巻6号29頁（2009）、34頁は、合法な行為が複数積み重なっても適法でありしたがって
- 原審を支持できる旨述べているが、それも原審が上述のような論調であることを前提にしたうえでの見解であろう。田中豊「判批」著作権法判例百選（第4版）194頁は、ユーザーが複製の主体で私的複製にあたることと業者も複製の主体になるかどうかは別問題であると指摘し原審を批判しているが、これも同様の理解が前提と解される。
- (9)金築補足意見が端的に指摘している。
- (10)作花・前掲注8）、田中・前掲注8）が同様の批判をしている。
- (11)柴田義明「判解」L&T51号105頁（2011）、108頁。金築補足意見もその旨を指摘している。
- (12)柴田・前掲注11）111頁
- (13)大淵哲也「著作権侵害に対する救済（1）－著作権の間接侵害（1）」法学教室356号142頁（2010）、143頁は、行為主体の類型として「物理的行為主体」と「手足型行為主体（強度の管理支配下において行為者を手足として行為を行うもの）」の2類型が侵害の直接の主体となりうるという見解を示すが、「物理的行為主体」の認定といえども法的認定にかかることはいままでのないとしている。
- (14)柴田・前掲注11）111頁は、本最高裁の主体認定は「サービス提供業者の行為の経済的意義等に着目して」行われたものでないことは明らかとしている。ただし、金築意見は主体の認定にあたって「社会的、経済的側面をも含め」総合的に観察すべきとしているが、多数意見のいう規範的判断が金築補足意見と同趣旨とは思われない。
- (15)大淵・前掲注13）がその代表例である。
- (16)金子敏哉「判批」速報判例解説・知的財産法No.59（2011年5月31日WEB掲載）3頁も同旨。
- (17)なお、最高裁は、各利用者も複製の主体と認定できるかどうかについては明言しておらず、各利用者も同時に複製の主体となる余地を残している。柴田・前掲注11）112頁
- (18)もっとも、従来の裁判例は管理・支配性と利益性をキーに侵害の「主体」といえるかを判断するという点で共通するものの中でも、その判断の仕方は決して一様であったわけではない。知財高決平成17年11月15日・平成17（ラ）10007号〔録画ネット抗告審〕、東京地判平成19年5月25日判時1979号100頁〔MYUTA〕、東京地判平成20年5月28日〔ロクラク1審〕などは、物理的・自然的な意味での主体を前提とすることなく、総合

考慮により被告を侵害主体と認定しているように解される。一方で、東京高判平成17年3月31日・平成16年(ネ)405号〔ファイルログ〕、東京高判平成17年3月3日判時1893号126頁〔2ちゃんねる小学館控訴審〕、大阪高判平成19年6月14日判時1991号112頁〔選撮見録控訴審〕などは、自然的・物理的な侵害主体をはさんだうえでそれを支援・助長する者としての被告の侵害主体性を肯定しているように解される。

(19)柴田・前掲注11)112頁も、金築補足意見は「クラブキャッツアイ事件と本件とは事案を異にし判例の抵触の問題は生じない」「クラブキャッツアイ事件の総合的観察による規範的解釈は一般的な法解釈の手法」と考えていることを指摘している。

(20)公衆送信権侵害においても主体論が主たる争点となると解される。一審や原審では公衆送信権侵害の判断に際して、(1)「送信」の定義(アンテナからBSまでの流れも「送信」となるのか。一審はこれを否定し原審はこれを肯定した)(2)「公衆に直接受信されること」の意義(受信した公衆が著作物を視聴等することによりその内容を覚知することができる状態になることをいうのか、第三者を介しないことをいうのか。またそのあてはめ)なども大きな論点となった。

しかし、(1)送信の定義については一審が限定的に理解したことがむしろ特殊であり、原審や最高裁の特に限定を加えない理解の方が一般的と考えられる。また、(2)「公衆に直接受信されること」の意義については、最高裁がアンテナからBSへの送信とBSから端末への送信の主体をとともにYであると判断したため、最高裁では論点でなくなった。つまり、端末までの送信でありかつ間に第三者が介在していないという事実関係になったため、どの立場をとっても、この状況が「公衆に直接受信されること」の要件を満たさないと考えられない。興味深い論点だが本件事案の解決には論ずる必要がない。

結局、誰が送信の「主体」となるかという点が一番の論点になると解され、そうすると送信可能化と論点が共通することになる。最高裁も公衆送信権についての説示はあっさりとして送信可能化権における判断をなぞるものであり、このような問題整理を前提とするものと解される。

(21)著作権法2条9号の2イ・ロはそれぞれ自動公衆送信装置を必須の要件に組み込んでいる。

(22)加戸守行『著作権法逐条講義』(五訂新版, 2006) 70頁

は、相手方が不特定人である場合は、「公衆」にあたり、特定とは「行為者との間に個人的な結合があるもの」をいうとしている。つまり、行為の主体と相手方の「個人的な結合関係」の有無というのが「公衆」制判断のカギとなる。また、特定多数も公衆に含まれるのが著作権法であるが(2条5項)ここでも、主体と相手方が確定しなければ、「多数」に対して行為が行われているか否かは判断できないと思われる。

(23)原審は、明示的に送信の主体を認定することなく、「ベースステーションはいわば「一対一」の送信を行う機能しか有していない」ことを理由に自動公衆送信装置該当性を否定した。つまり、機器自体の技術的特性にのみ注目し自動公衆送信装置該当性を判断する立場をとっていた(青木大也「判批」ジュリ1410号128頁(2010), 129頁, 今村哲也「判批」速報判例解説第5号243頁(2009), 245頁)。作花・前掲注8)・44頁はこの点を批判していた。

(24)山田真紀「判解」L&T51号95頁(2011), 100頁

(25)山田・前掲注24)100頁

(26)まねきTV事件1審の判断は、カラオケ法理による規範的な主体認定であると評価されている(大竹優子「最近の著作権裁判例について」コピーライト574号2頁(2009), 12頁)

(27)山田・前掲注24)101頁

(28)山田・前掲注24)101頁

(29)小泉直樹「まねきTV・ロクラク最判の論理構造とインパクト」ジュリスト1423号6頁(2011), 7頁は、最高裁が送信可能化の主体の判断基準を示したとするが不正確だろう。あくまで示したのは自動公衆送信における送信の主体の判断基準であり、かつそれが送信可能化の主体と一致していることである。

(30)山田・前掲注24)101頁

(31)①公衆送信用記録媒体への情報の記録, ②情報が記録された記録媒体を当該自動公衆送信装置の記録媒体として加えること, ③情報が記録された記録媒体を当該自動公衆送信装置の記録媒体に変換, ④自動公衆送信装置への情報の入力(①~③は記録媒体がある場合で, ④はそれが無い場合である。ハードディスク等への記録が行われない本件は, ④該当性が問題になっている)

(32)山田・前掲注24)102頁注7)は、「本件サービスにおける入力には、本件放送を取得する意義があるように思われる」としている。また、小泉・前掲注29)8頁参照。

(33)山田・前掲注24)103頁

- (34)自動公衆送信というものは「自動」に送信される以上、そもそも自然的・物理的な意味での主体を觀念できない。
- (35)山田・前掲注24)102頁及びその注6)によれば、本判決の主体認定において一定の規範的評価が行われているが、そこでの規範的評価とはいわゆる「手足論」(中山信弘『著作権法』(有斐閣, 2007) 482頁)を適用する趣旨とも解される。
- (36)山田・前掲注24)102頁
- (37)高部眞規子「著作権侵害の主体について」ジュリスト1306号114頁(2006)の整理によると、4つのアプローチ(A侵害の主体を広げる手法、B侵害の直接的な主体以外の者への差止を認める方法、C支分権を広げる手法、D一定の行為を侵害とみなす手法)がある。そのうち、C、Dは立法論である。
- (38)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」斉藤博先生御退職記念『現代社会と著作権法』(弘文堂, 2008) 228頁, 245頁は、「無限とさえいえる多様な、その行為類型の中から著作権侵害行為とみなして規制することが妥当とされる行為を過不足なくリストアップできるような判断基準を設定し、それを条文上の要件として構成することは本来きわめて困難である」と指摘している。
- (39)上野・前掲注1)は、侵害主体に差止請求を認める方向と非侵害主体に差止を認める方向とに大別し、前者には物理的利用行為主体論と規範的行為主体論(手足論とカラオケ法理)が含まれ、後者には幫助者に対する差止を認める考え方や不法行為による差止を認める考え方が含まれるとする。高部・前掲注37)は、侵害の主体を広げる手法と侵害の直接的な主体以外の者に差止を認める手法があるとする。大淵・前掲注13)は、直接行為者と間接侵害者という概念を区別し、「(本来的)直接行為者」以外の者に差止止めを肯定する法理として、「拡張的直接行為者概念」(カラオケ法理はその一例)による方法と、間接侵害者を差止の対象として端的に肯定する方法があるという整理をしている。
- (40)この定義は、大淵・前掲注13)147頁による。
- (41)間接侵害者に差止を認める解釈論としては、①侵害の幫助行為を行う者も112条1項にいう侵害する者に含まれる(大阪地判平成15年2月13日判時1842号120頁〔通信カラオケ装置リース事件〕②112条が類推適用により一定の間接侵害者を112条にいう侵害するものと同視できる(大阪地判平成17年10月24日判時1911号65頁〔選撮見録事件1審〕)などもあげられる。(大淵・前掲注13)144頁注9)参照。
- (42)物理的行為主体、手足型行為主体については、注(13)参照。
- (43)大淵・前掲注13)。
- (44)前掲注19)の裁判例の分類参照。カラオケ法理を採用したとされる裁判例でも、直接的な行為者の存在を間に挟む形で判断しているものとそうでないものがある。
- (45)大淵・前掲注13)が「基準主体」(公衆性等の支分権該当性と権利制限非該当性の判断の基準となる主体)と「帰責主体」(侵害責任を負うべき主体)とを区別する視点が重要であることを指摘するのもこの趣旨であると解される。
- (46)上野達弘「いわゆる『カラオケ法理』の再検討」紋谷暢男教授古希記念『知的財産権法と競争法の現代的展開』(2006) 783頁, 791頁, 上野・前掲注1)81頁は、カラオケ法理を「裁判官が自らの平衡感覚に照らして望ましいと考える結論を導くためのいわば便利なツール」と評している点、まさにこの点を指摘するものと思われる。大淵哲也「判批」著作権法判例百選(第4版)191頁がカラオケ法理を「“built-in”独立説」と評しているのもこの趣旨である。
- (47)知財高決平成17年11月15日・平成17年(ラ)10007号,
- (48)大阪地判平成17年10月24日判時1911号65頁, 大阪高判平成19年6月14日判時1991号122頁
- (49)東京地判平成19年5月25日判時1979号100頁
- (50)東京高判平成17年3月31日・平成16年(ネ)405号
- (51)ファイルログ中間判決(東京地判平成15年1月29日判タ1113号113頁)においては、各利用者の行為について、複製は私的使用目的の複製にあらず送信は公衆送信に該当すると判断され、そのうえでサービス提供者たる被告の責任が議論されている。
- (52)平嶋・前掲注38)242頁。平嶋は、侵害主体論・間接侵害論にかかわる問題の本質は、第一に「情報通信技術の発展に伴って生じてきた新しい著作物利用形態に対応して、私的利用行為において著作権の効力が及ぶ範囲をどのように再画定するのか」、第二に「個人ユーザーレベルの著作権侵害行為の集積に対する効果的な法的救済手段をどのように実現するのかの2点に集約されるとしている。本稿はこの問題意識によるところが大きい。なお、奥邨弘司「著作権の間接侵害—日米裁判例の

- 動向と実務への影響、今後の課題—」コピライト 582 号 2 頁は、間接侵害を議論する上では「一網打尽効果」と「隠れ蓑効果」の 2 つを分けて議論する必要があるとするが、それもおおむねこのような 2 つの課題があることを前提とするものと思われる。
- (53)たとえば従前は、テレビ番組のタイムシフティング・スペースシフティングは、録画という私的複製により複製物が作られ、それが公衆でないものに譲渡・貸与されたり、複製物を持ち運ぶという支分権には該当しない行為によったりして実現されていた。また、音楽 CD・書籍の場合は、購入した物の読書の場所・時間をどのようにシフトさせても支分権に触れることはない。
- (54)平嶋のいう第一の課題である（注(52)参照）。
- (55)加戸・前掲注 22)225 頁
- (56)加戸・前掲注 22)227-228 頁
- (57)大淵・前掲注 13)144 頁は、これを論拠に私的複製の場合に間接侵害の従属説を否定するという考え方を批判する文脈においてはあるが、「塵も積もれば山となる」論を批判している。
- (58)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）259 頁、272 頁は私的複製等の集積が非効率的・非斉一的に行われるなら適法としてよいが、効率化されていくと違法になるとしている。現行法の解釈論としてはその通りなのかもしれないが、妥当性には疑問があると考えられる。
- (59)米国のいわゆるベータマックス事件（Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984)）において、番組のタイムシフティングがフェアユースにあたって適法であり、したがって家庭用録画機を製造販売しているソニーの寄与侵害が否定された事例のことを念頭に置いていただきたい。
- (60)これが本来的に違法だと考えられるなら、個人のファイル管理を助けるクラウドサービスなどで他者が著作権を有するファイルを扱う場合、業者という「その使用する者」でない者による複製または各利用者が 30 条 1 項 1 号にいう自動複製機器によって複製するものと解釈され、違法と判断されることになるだろう。このような判断がはたして妥当なのかという問題提起である。
- (61)特許法における消尽論において、特許権が消尽して権利行使が制限される範囲は、最初の譲渡に際して客観的に対価をすでに取得したと想定される範囲に限られると解すべきという学説がある（前田健「判批」法学協会雑誌 126 巻 8 号 1700 頁（2009）。最判平成 19 年 11 月 8 日民集 61 巻 8 号 2989 頁も参照）。中吉徹郎「判解」L&T39 号 60 頁、68 頁は「特許権者が特許製品を譲渡した時点で特許権者において対価取得が客観的に想定され、あらためて特許権者に利得させる必要がないと認められる範囲がどこまでかが問われるべき」としている。
- (62)もちろん、このような放送の地域ごとの分割体制がそもそも妥当なのかというのは別論である。放送の地域免許制度は批判が強く、インターネットの普及した現代において維持し続けることの合理性が少なくとも再検討されるべきことは否定できないだろう。
- (63)ロクラクⅡ・まねき TV の最高裁判決はそのように判断したと理解できる（後記（3）参照）。放送というのは、コンテンツが商品として売買されるという形式で流通するものではないから、どのように評価するかは難しい。
- (64)たとえば、奥邨弘司「著作権法 30 条 1 項の『使用する者が複製することができる』の意義—複製業者に複製を依頼する場合についての再検討—」紋谷暢男教授古希記念『知的財産権法と競争法の現代的展開』（2006）927 頁
- (65)MYUTA 事件でも公衆送信権侵害は争点になっている。
- (66)名古屋地判平成 15 年 2 月 7 日判時 1840 号 126 頁〔社交ダンス事件〕（名古屋高判平成 16 年 3 月 4 日判時 1870 号 123 頁〔同控訴審〕でそのまま是認）〔MYUTA〕事件と同様の「公衆」判断を取れば、あるサービスに誰でも入会できるという建前を取っている以上は、不特定の者に対する送信となってしまう。島並良・上野達弘・横山久芳『著作権法入門』（2009）131 頁〔島並良〕も参照。
- (67)なお、差止の対象を画するにあたって考慮すべきは、複製・送信などの結果を惹起するに際して因果的な寄与をどれくらいしておりそれゆえ差止の対象とすべきなのかということ、その寄与する行為が侵害結果惹起以外の目的をどの程度含みそれゆえに自由を保障すべきなのかということの 2 点に集約されると考える。これらの比較考量により端的に差止の対象となるべきかが判断されるべきとも思われる。この点は他日に詳細な検討をしたい。
- (68)大淵哲也「著作権の間接侵害～知的財産法学の観点から」2011 年度著作権法学会シンポジウムレジュメ（未公開）7 頁注 16）は「帰責主体としては、直接行為者（直接侵害者）と間接的関与者（間接侵害者）の双方が含まれるが、基準主体としては、直接行為者のみが該当し、

間接的関与者は該当しない。直接行為者を基準主体として侵害の成否の判断がなされて侵害の成立が肯定された場合には、当該直接行為者（直接侵害者）のみならず、間接的関与者（間接侵害者）も、差止請求の相手方となるが、間接的関与者は基準主体となるわけではない。」と述べている。

(69)大淵・前掲注13)の用語法によるならば、直接行為主体が基準主体となる。

(70)大淵・前掲注68)11頁は、「物理的行為主体」の認定に関して「コンテンツの提供一（ママ），と，複製対象（範囲）の選択は，最初の本人によって（ママ）なされている点が，その複製行為主体性肯定に当たって決め手となっている。」としている。

(71)大淵・前掲注13)142頁の注4)が言及する「ジュークボックス法理」参照。同法理はジュークボックスによる録音再生や上映の主体は店の経営者になるとするものだが，その際のメルクマールとして「コンテンツの提供が経営者によってなされる点」が重要なポイントであると述べている。

(72)この点がなぜ必要かということはより検討を要すると考えている。

(73)上野・前掲注46)787頁

(74)小泉・前掲注29)11頁

(75)小泉・前掲注29)11頁，なお三村量一ほか「まねきTV事件・ロクラクⅡ事件最高裁判決の研究」知財研フォーラム85号59頁（2011），66頁は，この点（「不可欠性」）と「枢要行為性」の2点が主体認定の大きな柱になっていると分析している。本稿の分析は，枢要行為性は考慮要素だが，「不可欠だ」という言明は考慮要素というよりは最終的な評価の表現であると捉えている。

(76)売買のように売り手と買い手が明示的にいるわけではなく，コンテンツの入手者は「無料で」コンテンツを自由に見ることができ，広告料を介して間接的に「料金」を支払っているにすぎない。放送を直接受信しているときは「売り手」が放送者であり「買い手」が視聴者であると理解できるが，第三者が介在した時にその評価をどう変えるべきかは自明ではない。

(77)本研究は，科学研究費補助金（課題番号：23730117）により助成を得たものである。また，本稿は同志社大学知的財産法研究会での発表が基礎となっている。貴重なご意見を下さった同会の参加者の皆様に感謝したい。

（原稿受領 2011. 8. 22）