

著作権侵害行為の幫助的行為と刑罰規定(その2)(完)

——いわゆるWinny事件を契機として——

大 友 信 秀*

目 次

1. はじめに (本稿の目的)
2. Winnyの位置づけ
 2. 1 Winny事件の概要
 2. 2 ファイル交換プログラムにおけるWinnyと他のプログラムの関係
3. 著作権法違反に伴う刑事罰に関するこれまでの議論
 3. 1 旧法下における学説
 3. 2 現行法に関する改正時の理解
 3. 3 現行法における著作権侵害行為類型
 3. 4 現行法における幫助的行為となりうる行為の位置づけ

(以上, 7月号掲載)
4. 幫助的行為に関する民事判例の検討
 4. 1 判例における幫助的行為の取り扱い
 4. 2 法112条が適用された事例 (直接の行為主体性を認める場合)
 4. 3 共同不法行為責任を認めた事例
 4. 4 幫助的行為に対する責任が認められなかった事例
5. 幫助的行為と法的責任
 5. 1 著作権侵害の行為者要件
 5. 2 著作権侵害における客観的要件の重要性
 5. 3 著作権法における私益と公益 (親告罪としての公衆送信権の位置づけ)
6. おわりに

(以上, 本号掲載)

4. 幫助的行為に関する民事判例の検討

4. 1 判例における幫助的行為の取り扱い

Winny開発者の責任は、民事上のものではな

く、あくまでも刑事上のものとして問われている。この点、幫助的行為に関する民事上の責任に関しては、これまで多くの事件において議論されてきたが、他方、著作権法違反の幫助犯が問題となったものはWinny事件が初めてである。本章では、刑事事件における幫助的行為に対する責任判断への手がかりとして、これまでに民事事件において積み上げられてきた判例における解釈を検討する。

民事事件においては、幫助的行為に対して、法112条を適用し差止めを認めるものと、共同不法行為責任により損害賠償請求を認めるものに判断が分かれてきた。侵害事件において、差止めが認められるか、損害賠償請求が認められるに止まるのかは、具体的権利救済の場では大きな差であるが、このような差異が解釈上どのように生じているのか、以下、検討する (表2参照)。

4. 2 法112条が適用された事例 (直接の行為主体性を認める場合)

(1) 幫助的行為に対して法112条の適用が求められる理由

幫助的行為に対して、法112条の適用が求められてきた理由には、大きく分けて二つのものがある。一つは、直接行為者の行為責任を問えないため、幫助的行為とされる行為を行う者にその責任を問う必要性があったためであり、も

* 金沢大学法学部助教授 Nobuhide OTOMO

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

表2 幫助的行為に関する主な裁判例（判決）一覧

日付	地裁	高裁	最高裁
S35.4.27		◎中部観光事件（名古屋）	
S63.3.15			◎クラブ・キャッツアイ事件
H6.3.17	○魅留来事件（大阪）		
H9.2.27		○魅留来事件（大阪）	
H9.7.17	×ネオ・ジオ事件（大阪）		
H10.8.27	◎ビッグエコー事件（東京）		
H10.11.20	◎ベジヤール振付事件（東京） ⁴³⁾		
H11.7.13		◎ビッグエコー事件（東京）	
H11.11.29		○ビデオメイツ事件（東京）	
H12.5.16	×スターデジオ事件（東京）		
H13.2.13			○ときめきメモリアル事件
H13.3.2			○ビデオメイツ事件
H14.4.9	◎ファイルログ事件 （東京，仮処分）		
H14.6.28	◎演奏会プロモーション事件 （東京） ⁴⁴⁾		
H14.8.30	○DEAD OR ALIVE事件（東京）		
H15.2.13	○ヒットワン事件（大阪）		
H16.3.11	×2ちゃんねる事件（東京）		
H16.3.31		○DEAD OR ALIVE事件 （東京）	
H16.10.7	◎録画ネット事件 （東京，仮処分）		
H17.3.3		○2ちゃんねる事件（東京）	
H17.3.31		◎ファイルログ事件 （東京）	
H17.5.31	◎録画ネット事件 （東京，異議決定）		
H17.10.24	○選撮見録事件（大阪）		
H17.11.15		◎録画ネット事件（知財）	

注) ◎は行為主体性を認めた判決，○は非行為主体としての責任を認めた判決，×は幫助的行為に対する責任を認めなかったものである。なお，カッコ内は，それぞれの裁判所を表す。

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

う一つは、直接行為者に対して差止めを求めても、現実の権利救済につながらないため、幫助的行為者に対してこれを求めることを認める必要性があったためである。

このうち、前者は、カラオケスナック等における客の歌唱が利用許諾を伴わずになされた場合に、それ自体は、演奏権侵害とならない（法38条1項）ため、現実の（物理的）行為者ではない、スナック等の経営者が著作権利用主体（侵害行為主体）とされうるかという問題において、議論されてきた（平成11年削除前の同法付則14条は、スナック等の経営者の伴奏を流す行為に関して、これを演奏権侵害行為から除いていると解釈されていた。）。そして、この点で問題となった一連の事件は、カラオケ法理と呼ばれる判例法理によって解決がはかられてきた。このように、著作権の利用を直接行っていない者を著作権侵害の主体と捉える考え方は、すでに、中部観光事件等によって認められてきたが、クラブ・キャッツアイ事件最高裁判決は、最高裁としてこのことを初めて認めた。

これに対して、後者の問題は、幫助的行為に対して共同不法行為責任を認めるのみでは差止めを求めることができず、当該事件の解決に必要な救済が得られない場合があるとの実務上の要求から生じたものである。物理的に行為を行っていない者の侵害責任を認めたカラオケ法理については、当該事案の解決のためにやむなく導入された特殊な法理との評価がなされているが⁴⁵⁾、判例は、平成11年改正後も演奏権侵害以外の事例において同様の判断をしばしば行ってきた。

(2) 現実の行為者の行為が不可罰である場合 (カラオケ法理)

1) クラブ・キャッツアイ事件⁴⁶⁾

① 事案の概要

JASRACがカラオケスナックの経営者に対

し、著作権侵害を理由として差止め及び損害賠償を請求した事件。カラオケ伴奏によって直接歌唱行為を行っているのは、スナックの客であった。

② 判旨

「ホステス等が歌唱する場合はもちろん、客が歌唱する場合を含めて、演奏（歌唱）という形態による当該音楽著作物の利用主体は上告人（カラオケスナック経営者、筆者注。）らであり、かつ、その演奏は営利を目的として公にされたものであるというべきである。けだし、客やホステス等の歌唱が公衆たる他の客に直接聞かせることを目的とするものであること（著作権法22条参照）は明らかであり、客のみが歌唱する場合でも、客は、上告人らと無関係に歌唱しているわけではなく、上告人らの従業員による歌唱の勧誘、上告人らの備え置いたカラオケテープの範囲内での選曲、上告人らの設置したカラオケ装置の従業員による操作を通じて、上告人らの管理のもとに歌唱しているものと解され、他方、上告人らは、客の歌唱をも店の営業政策の一環として取り入れ、これを利用していわゆるカラオケスナックとしての雰囲気醸成し、かかる雰囲気を好む客の来集を図って営業上の利益を増大させることを意図していたというべきであって、前記のような客による歌唱も、著作権法上の規律の観点からは上告人らによる歌唱と同視しうるものであるからである。」

③ 責任を認める理由づけ及び行為主体性

客の歌唱行為を管理しているという「管理・支配関係」及び客の行為によって営業上の利益を増大させることを意図しているという「利益の帰属」に基づき、直接行為主体としての責任が肯定された。

2) ビッグエコー事件⁴⁷⁾（高裁判決）

① 事案の概要

JASRACがカラオケボックスの経営者に対

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

し、著作権侵害を理由として差止め及び損害賠償を請求した事件。カラオケボックス内で、カラオケ装置を使用して直接管理著作物の演奏ないしその複製物を含む映画著作物の上映行為を行い、これに合わせて歌唱しているのはカラオケボックスの客であった。

② 判 旨

「……控訴人ら（カラオケボックス経営者、著者注釈。）は各部屋にカラオケ装置を設置して顧客が容易にカラオケ装置を操作できるようにした上で顧客を各部屋に案内し、顧客から求められれば控訴人らの従業員がカラオケ装置を操作して操作方法を教示しているのであり、顧客は控訴人らが用意した曲目の範囲内で選曲するほかないことに照らせば、控訴人らは、顧客の選曲に従って自ら直接カラオケ装置を操作する代わりに顧客に操作させていることができるから、各部屋においてカラオケ装置によって……管理著作物の演奏ないしその複製物を含む映画著作物の上映を行っている主体は、控訴人らであるというべきである。……また、……カラオケ歌唱用の各部屋においては、顧客が各部屋に設置されたカラオケ装置を操作し、再生された伴奏音楽に合わせて歌唱することによって、管理著作物の演奏が行われていることが認められるところ、控訴人らは各部屋にカラオケ装置と共に楽曲索引を備え置いて顧客の選曲の便に供し、また、顧客の求めに応じて従業員がカラオケ装置を操作して操作方法を教示するなどし、顧客は指定された部屋において定められた時間の範囲内で時間に応じた料金を支払い、再生された伴奏音楽に合わせて歌唱し、歌唱する曲目は控訴人らが用意したカラオケソフトに収納されている範囲に限られることなどからすれば、顧客による歌唱は、本件店舗の経営者である控訴人らの管理の下で行われているというべきであり、また、カラオケボックス営業の性質上、控訴人らは、顧客に歌唱させること

によって直接的に営業上の利益を得ていることは明らかである。このように、顧客は控訴人らの管理の下で歌唱し、控訴人らは顧客に歌唱させることによって営業上の利益を得ていることからすれば、各部屋における顧客の歌唱による管理著作物の演奏についても、その主体は本件店舗の経営者である控訴人らであるというべきである。」⁴⁸⁾

③ 責任を認める理由づけ及び行為主体性

客の演奏、上映、歌唱が経営者の管理下で行われているという「管理・支配関係」及びこれにより営業上の利益を得ているという「利益の帰属」に基づき、直接行為主体としての責任が肯定された。

(3) 差止めによる救済が必要な場合

1) 中部観光事件⁴⁹⁾

① 事案の概要

JASRACがキャバレー等の経営者に対して、音楽著作物の不使用を求めた事件。キャバレー等で直接演奏を行っている者はそこに出演する楽団であった。

② 判 旨

「原告人（キャバレー等の経営者、著者注釈。）の前記仮処分の対象とされた各営業所は、キャバレー、ダンスホールもしくは音楽喫茶店であつて、このような社交場営業の性格から見て、その音楽演奏は、営業の不可欠の要素であり、しかして原告人は、各営業所においてそれぞれ二つの楽団を常置し、これに営業時間中常時音楽を演奏させて、来集した客に聴取させているものであること、出演の各楽団は、原告人の委嘱により、原告人に対しその営業所において来客のための音楽演奏をなしているものであるが、それは、原告人の営業計画に従つて、その指図により音楽演奏に従事しているに過ぎず、右は、原告人の営業所を借受けて独自の演奏興行としてなしているものでないこと、従つて、

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

原告人の各営業所における音楽演奏の曲目の選定は、一応各楽団に委されているとしても、右演奏曲目の選定は、結局のところ、営業主たる原告人の自由に支配しうるものであること、そして、原告人は、各営業所における音楽の演奏により営業上多大の効果と収益を挙げていること、が認められることができる。そうとすれば、原告人の各営業所における音楽の演奏自体は各楽団により行われているとしても、これによる音楽著作物の使用は、営業主たる原告人においてこれをなしているものと解せなければならない。」

③ 責任を認める理由づけ及び行為主体性

楽団演奏に関する曲目選定の自由はキャバレー等の経営者にあるという「管理・支配関係」及び各営業所における音楽の演奏により営業上多大の効果と収益を挙げていることという「利益の帰属」に基づき、直接行為主体としての責任が肯定された。

2) ヒットワン事件⁵⁰⁾

① 事案の概要

JASRACが通信カラオケ装置のリース業者に対し、著作権侵害を理由として差止めを請求した事件。裁判所は、被告を当該著作物の利用主体、したがって著作権侵害行為の主体そのものとみることとはできないとしたが、当該著作物の利用を幫助する者としての責任を認めた。

② 判旨

「著作権法112条1項にいう「著作権を侵害する者又は侵害するおそれがある者」は、一般には、侵害行為の主体たる者を指すと解される。しかし、侵害行為の主体たる者でなく、侵害の幫助行為を現に行う者であっても、[1] 幫助者による幫助行為の内容・性質、[2] 現に行われている著作権侵害行為に対する幫助者の管理・支配の程度、[3] 幫助者の利益と著作権侵害行為との結び付き等を総合して観察したときに、

幫助者の行為が当該著作権侵害行為に密接な関わりを有し、当該幫助者が幫助行為を中止する条理上の義務があり、かつ当該幫助行為を中止して著作権侵害の事態を除去できるような場合には、当該幫助行為を行う者は侵害主体に準じるものと評価できるから、同法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」に当たるものと解するのが相当である。」
「けだし、同法112条1項に規定する差止請求の制度は、著作権等が著作物を独占的に支配できる権利（著作者人格権については人格権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（妨害排除請求権及び妨害予防請求権）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得ることからすると、同法112条1項に規定する差止請求についても、少なくとも侵害行為の主体に準じる立場にあると評価されるような幫助者を相手として差止めを求めることも許容されるというべきであり、また、同法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く、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、そのように解しても著作物の利用に関わる第三者一般に不測の損害を与えるおそれもないからである。」

③ 責任を認める理由づけ及び行為主体性

JASRACの管理著作物に係る歌詞・楽曲の演奏・上映行為を行うについて、必要不可欠といえるカラオケ装置のリース業者がカラオケ装

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

置を提供している点、及びカラオケ装置のリースの際に、リース先の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せずにカラオケ装置を引き渡し、その後、リース先が上記契約の許諾を受けずに著作権侵害行為を行っていることを知りながら、カラオケ装置を引き揚げることをせず放置した点（幫助者による幫助行為の内容・性質）、カラオケ装置について、作動可能にするか作動不能にするかを定める制御手段を有していること（現実の著作権侵害行為に対する幫助者の管理・支配の程度）、カラオケ装置リース業者が得ている利得は、リース先において管理著作物に係る歌詞・楽曲の演奏・上映行為と密接な結び付きのある利益といえる点（利益の帰属）から、裁判所は、「著作権侵害行為の侵害主体に準じる立場にあると評価できる幫助行為を行っており、かつ、当該幫助行為を中止することにより著作権侵害状態を除去できる立場にあるというべきであるから、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のある者」に当たると解するのが相当である。」とした⁵¹⁾。

3) ファイルログ事件（地裁仮処分決定）⁵²⁾

① 事案の概要

JASRAC及びレコード製作者が、ファイルログというP2Pファイル交換サービスの運営者に対して、著作権及び著作隣接権に基づき権利対象を含むMP3ファイルを送受信の対象としないことを求める仮処分を申し立てた事件（詳しくは、前掲、2. 2 (5) 参照。）。

② 判 旨

「債務者の行為が、送信可能化権を侵害するか否かについては、債務者の行為の内容・性質、利用者のする送信可能化状態に対する管理・支配の程度、本件行為によって生ずる債務者の利益の状況等を総合斟酌して判断すべきである。」
「本件サービスは、送信者が、市販のレコード

を複製したファイルが大多数を占めているMP3ファイルを、送信可能化状態にするためのサービスという性質を有すること、本件サービスにおいて、送信者が本件各MP3ファイルを含めたMP3ファイルの送信可能化を行うことは債務者の管理の下に行われること、債務者も自己の営業上の利益を図って、送信者に上記行為をさせていたことから、債務者は、本件各レコードの送信可能化を行っているものと評価でき、債権者らの有する送信可能化権を侵害していると解するのが相当である。」

③ 責任を認める理由づけ及び行為主体性

ファイルログは、これを利用するユーザーが市販のレコードを複製したファイルを送信可能化するためのサービスであるという、幫助的行為を行っている者の「行為の内容・性質」、利用者が電子ファイルを送信可能化するためには、ファイルログ運営者のサーバーに接続することが必要不可欠である点等に基づく直接行為者に対する「管理・支配の程度」、ファイルログ運営者が開設しているウェブサイトの広告収入とサービス利用者の増加関係、将来、同サービスを利用してMP3ファイルを受信した者から受信の対価を徴収するシステムに変更することを予定している点等から、幫助的行為により生ずる「利益の帰属」を認め、これらに基づき行為主体としての責任を認めた。

4) 2ちゃんねる事件（高裁判決）⁵³⁾

① 事案の概要

小学館がインターネット上の電子掲示板である2ちゃんねるの管理者に対して、第三者が行った著作権侵害となる書き込みに対する是正措置を行わなかったとして、差止め及び損害賠償を求めた事件。地裁（後掲、4. 4 (2) 3）参照）は、管理者の責任を否定したが、高裁はこれを認めた。

② 判 旨

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

「被控訴人としては、編集長Aからの通知を受けた際には、直ちに本件著作権侵害行為に当たる発言が本件掲示板で書き込まれていることを認識することができ、発言者に照会するまでもなく速やかにこれを削除すべきであったというべきである。にもかかわらず、被控訴人は、上記通知に対し、発言者に対する照会すらせず、何らの是正措置を取らなかったのであるから、故意又は過失により著作権侵害に加担していたものといわざるを得ない。」

③ 責任を認める理由づけ及び行為主体性

「掲示板開設・運営者の義務」（著作権侵害行為の事前対策及び事後の対応）を認定し、個人情報情報は掲示板開設・運営者のみが保有しているため、著作権者から直接の行為者への発言削除要請が容易でないという「差止めを認める必要性」により責任を認めた。

5) 選撮見録事件⁵⁴⁾

① 事案の概要

住宅向けにテレビ放送を対象としたハードディスクビデオレコーダシステムである「選撮見録」の販売申出を行っていた会社に対し、テレビ放送事業者が、著作権及び著作隣接権に基づき販売差止め及び機器の廃棄請求を求めた事件。同システムは、サーバーによって、テレビ放送から、あらかじめ選定され設定された最大5局分の番組を、同時に1週間分録画することができた。また、この放送局の選択は、導入時に設置者が選定して被告である販売会社が設定するが、「選撮見録」の設置後にも、設置者において変更することができた。

② 判旨

「本件においては、[1] 被告商品の販売は、これが行われることによって、その後、ほぼ必然的に原告らの著作隣接権の侵害が生じ、これを回避することが、裁判等によりその侵害行為を直接差し止めることを除けば、社会通念上不

可能であり、[2] 裁判等によりその侵害行為を直接差し止めようとしても、侵害が行われようとしている場所や相手方を知ることが非常に困難なため、完全な侵害の排除及び予防は事実上難しく、[3] 他方、被告において被告商品の販売を止めることは、実現が容易であり、[4] 差止めによる不利益は、被告が被告商品の販売利益を失うことに止まるが、被告商品の使用は原告らの放送事業者の複製権及び送信可能化権の侵害を伴うものであるから、その販売は保護すべき利益に乏しい。」「このような場合には、侵害行為の差止め請求との関係では、被告商品の販売行為を直接の侵害行為と同視し、その行為者を「著作隣接権を侵害する者又は侵害するおそれのある者」と同視することができるから、著作権法112条1項を類推して、その者に対し、その行為の差止めを求めることができるものと解するのが相当である。」

③ 責任を認める理由づけ及び行為主体性

裁判所は、直接の利用行為に対する被告行為の「管理・支配性」及び直接の利用行為から生ずる「利益の帰属」を認めず、被告の行為主体性を否定した。その上で、「被告行為と権利侵害の発生の密接な関係」が認められること、被告行為を差し止めることによって実現される「原告の利益」とこれにより失われる「被告の利益」を比較衡量した上で、後者が前者に比較して保護すべき利益に乏しいとされることから、被告行為を直接の侵害行為と同視することができるとし、法112条の類推適用を受ける責任を認めた。

6) 録画ネット事件⁵⁵⁾（高裁抗告審決定）

① 事案の概要

テレビ番組の受信・録画機能を有するパソコンを設置し、その利用者にインターネットを通じて、海外を含む自宅等のパソコンに同番組を転送することを可能とし、これにより日本国内

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

の放送を海外で視聴することを可能とするシステムを運営する者（以下、録画ネット運営者という。）に対して、日本放送協会が、その著作権隣接権に基づき、音楽又は映像の録音又は録画の差止めを求めた事件。

② 判 旨

「〔1〕本件サービスは、抗告人（録画ネット運営者、著者注釈。）自身が本件サイトにおいて宣伝しているとおり、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〕本件サービスにおいては、抗告人事務所内に抗告人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1つの本件録画システムを構成しており、これらの機器類及びソフトウェアはすべて抗告人が調達した抗告人の所有物であって、抗告人は、上記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〕本件サービスで録画可能な放送は、抗告人が設定した範囲内の放送（抗告人事務所の所在する千葉県松戸市で受信されたアナログ地上波放送）に限定されている、〔4〕利用者は、本件サービスを利用する場合、手元にあるパソコンから、抗告人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ず、アクセスした後も、本件サイト上で指示説明された手順に従って、番組の録画や録画データのダウンロードを行うものであり、抗告人は、利用者からの問い合わせに対し個別に回答するなどのサポートを行っている、というのである。これらの事情によれば、抗告人が相手方の放送に係る本件放送についての複製行為を管理していることは明らかである。」「また、抗告人は、本件サイトにおいて、本件サービスが、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を目的としたサービスであることを宣伝し、利用者をして本件サービスを利用させて、毎月の保守費用の名目で利益を得ているものである。上記各事情を総合すれば、抗告人が相手方の放送に係る本件放送についての複製行為を行っているものというべきであり、抗告人の上記複製行為は、相手方が本件放送に係る音又は映像について有する著作権隣接権としての複製権（著作権法98条）を侵害するものである。」

③ 責任を認める理由づけ及び行為主体性

幫助的行為を行っている者の「行為の内容・性質」、直接行為者の複製行為に対する「管理・支配の程度」、幫助的行為により生ずる「利益の帰属」に基づき行為主体としての責任を認めた。

4. 3 共同不法行為責任を認めた事例⁵⁶⁾

(1) 差止請求を認めた事例との関係

幫助的行為に対して、共同不法行為責任を認めた判例は、差止めが請求されていなかったために、法112条の適用が問題とならず、不法行為責任の有無のみが問題とされた事案に関するものである。共同不法行為責任を認める要件と差止請求を認める要件は同じではないが、判例における共同不法行為責任を認める理由付けは、差止請求を認める判例におけるそれと同様である。

以下、共同不法行為責任を認めた判例を検討する。

(2) 判例の検討

1) 魅留来事件⁵⁷⁾（地裁判決）

① 事案の概要

JASRACが、カラオケスナックの経営者及びレーザーディスクカラオケ装置のリース業者に対して、著作権侵害に基づき、損害賠償を請求した事件。

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

② 判 旨

「被告会社の業務用カラオケ装置のリース行為は、それ自体を切り離して抽象的に見れば原告の管理著作権を侵害するものではないとしても、カラオケ装置により再生されるレーザーディスクに収録されている音楽著作物の大部分は原告の管理著作物であり、原告の許諾を得ずに同装置を使用することが即管理著作権の侵害となるというリース物件たる業務用カラオケ装置の現実の稼働状況を含めて全体として考察すれば、管理著作権侵害発生の危険を創出し、その危険を継続させ、またはその危険の支配・管理に従事する行為であると同時に、それによって被告会社は対価としての利得を得ているのであるから、右行為に伴い、当該危険の防止措置を講じる義務、危険の存在を指示警告する義務を生じさせると解するのが条理に適う見方である」「しかるに、被告会社は、以上の注意義務を怠り、……カラオケリース業者として用いるべき相当の注意を欠いたものであることは明らかである。これを要するに、被告会社は、……原告の管理著作権を侵害するのを幫助し、これに加功したものであり、その幫助・加功について過失があるから、……共同不法行為者たる地位に立つものといわざるを得ない（民法719条2項）。」

③ 責任を認める理由づけ

裁判所は、カラオケ装置の使用が即管理著作権の侵害となるものでありながら、リース先が著作物使用許諾契約の締結手続にたやすく応じないであろうということ、及びこのような事態を認識しながらリースを継続しているという、幫助的行為による著作権侵害誘発の「危険の創出・継続」及び、そのような危険がリース業者からの装置の引き渡しに依存しているという、同危険の「支配・管理」ならびに同行為による「利得」により、著作権侵害を防止する注意義務が生ずるとした。その上で、地裁は、注意義

務違反に基づく過失を認めたが、控訴審である高裁は、故意を認め、幫助による民法719条2項の共同不法行為責任を認めている。

2) ビデオメイツ事件⁵⁸⁾

① 事案の概要

JASRACが、カラオケスナックの経営者及びレーザーディスクカラオケ装置のリース業者に対して、著作権侵害に基づき、差止め及び損害賠償を請求した事件。ただし、リース業者に対しては、損害賠償のみが請求されている。

② 判 旨

「カラオケ装置のリース業者は、カラオケ装置のリース契約を締結した場合において、当該装置が専ら音楽著作物を上映し又は演奏して公衆に直接見せ又は聞かせるために使用されるものであるときは、リース契約の相手方に対し、当該音楽著作物の著作権者との間で著作物使用許諾契約を締結すべきことを告知するだけでなく、上記相手方が当該著作権者との間で著作物使用許諾契約を締結し又は申込みをしたことを確認した上でカラオケ装置を引き渡すべき条理上の注意義務を負うものと解するのが相当である。けだし、(1) カラオケ装置により上映又は演奏される音楽著作物の大部分が著作権の対象であることに鑑みれば、カラオケ装置は、当該音楽著作物の著作権者の許諾がない限り一般的にカラオケ装置利用店の経営者による……著作権侵害を生じさせる蓋然性の高い装置ということができ、(2) 著作権侵害は刑罰法規にも触れる犯罪行為であること（著作権法119条以下）、(3) カラオケ装置のリース業者は、このように著作権侵害の蓋然性の高いカラオケ装置を賃貸に供することによって営業上の利益を得ているものであること、(4) 一般にカラオケ装置利用店の経営者が著作物使用許諾契約を締結する率が必ずしも高くないことは公知の事実であって、カラオケ装置のリース業者としては、

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

リース契約の相手方が著作物使用許諾契約を締結し又は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) カラオケ装置のリース業者は、著作物使用許諾契約を締結し又は申込みをしたか否かを容易に確認することができ、これによって著作権侵害回避のための措置を講ずることが可能であることを併せ考えれば、上記注意義務を肯定すべきだからである。]

③ 責任を認める理由づけ

i) カラオケ装置の危険性, ii) 被侵害法益の重大性, iii) リース行為によるリース業者に対する「利益の帰属」, iv) 侵害行為の予見可能性, v) 著作権侵害の防止可能性から、リース業者に対する条理上の注意義務が肯定された。そして、このような注意義務違反を理由として、リース業者の損害賠償義務が認められた。

3) ときめきメモリアル事件⁵⁹⁾ (最高裁判決)

① 事案の概要

テレビゲーム会社が、ゲームソフト作成者によって予定されていないパラメータを収めたメモリーカードを輸入販売した者に対して、直接メモリーカードを使って著作者人格権(同一性保持権)を侵害する個々のプレイヤーの幫助にあたるとして、損害賠償を求めた事件。

② 判 旨

「本件メモリーカードは、……その使用によって、本件ゲームソフトについて同一性保持権を侵害するものであるところ、……上告人(メモリーカード輸入・販売者、著者注釈。)は、専ら本件ゲームソフトの改変のみを目的とする本件メモリーカードを輸入、販売し、多数の者が現実に本件メモリーカードを購入したものである。そうである以上、上告人は、現実に本件メモリーカードを使用する者がいることを予期してこれを流通に置いたものといふことができ、他方、……本件メモリーカードを購入した

者が現実にこれを使用したものと推認することができる。そうすると、本件メモリーカードの使用により本件ゲームソフトの同一性保持権が侵害されたものといふことができ、上告人の前記行為がなければ、本件ゲームソフトの同一性保持権の侵害が生じることはなかったのである。したがって、専ら本件ゲームソフトの改変のみを目的とする本件メモリーカードを輸入、販売し、他人の使用を意図して流通に置いた上告人は、他人の使用による本件ゲームソフトの同一性保持権の侵害を惹起したものとして、被上告人に対し、不法行為に基づく損害賠償責任を負うと解するのが相当である。」

③ 責任を認める理由づけ

本件メモリーカードは本件ゲームソフトのストーリー展開を改変することのみを目的としているという、著作者人格権(同一性保持権)侵害に使用される「機器の侵害行為専用性」、及び「多数の者が当該機器を取得した事実」に基づき不法行為責任を認めた。本件不法行為責任が民法709条によるものなのか、同719条によるものなのかは、判決文からは明かでない。

4) DEAD OR ALIVE事件⁶⁰⁾ (高裁判決)

① 事案の概要

コンピュータゲームの製造・販売会社が、ゲーム内のキャラクターのコスチューム画像を改変し得るよう、市販のメモリーカードのデータを書換えるための編集ツールを作成の上、CD-ROMに収録し、販売した者に対して、著作者人格権(同一性保持権)に基づき、損害賠償を請求した事件。

② 判 旨

「本件メモリーカードの使用は、本件ゲームソフトを改変し、本件同一性保持権を侵害するものといふべきであるところ、本件編集ツールは、本件編集による本件メモリーの作成のみを目的とするものであるから、専ら本件ゲームソ

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

フトの改変のみを目的とするものと認めることができ、これを収録した本件CD-ROMを販売し、他人の使用を意図して流通においた控訴人（編集ツールの販売者、著者注釈。）は、他人の使用による本件同一性保持権の侵害を惹起したものであるとして、被控訴人に対し、不法行為に基づく損害賠償責任を負うものというべきである（最高裁平成13年2月13日第三小法廷判決・民集55巻1号87頁参照。）

③ 責任を認める理由づけ

本件編集ツールがゲーム内のキャラクターのコスチュームを改変し、著作者人格権（同一性保持権）侵害を可能とするメモリーの作成のみを目的とするものであるという「ツールの侵害行為専用性」及び「他人の使用を意図して流通に置いたこと」により侵害を惹起したものであるとして、不法行為責任を認めた。なお、地裁は、本件における不法行為責任を民法709条の責任としているが、高裁は、この点について明らかにしていない。

4. 4 幫助的行為に対する責任が認められなかった事例

(1) 責任を認めるものと認めないものとの関係

幫助的行為に対する責任を認めなかった判例は、これまでにいくつかあるが、それぞれ現在では、同種の事件に対して責任を認める判決が現れている。

ネオ・ジオ事件同様、コンピュータプログラムの映像に影響を与える機器に関して問題となったときめきメモリアル事件及びDEAD OR ALIVE事件では、機器の侵害行為に対する「専用性」及びそのような機器を「多くの者が取得したこと（もしくはその蓋然性）」により幫助的行為としての責任が認められている。また、2ちゃんねる事件（地裁判決）に対しては、控訴審判決で、電子掲示板運営者の責任が認められている。なお、スターデジオ事件は、同サ

ービスを利用する多くのユーザーの行為が私的使用であると認定された点、問題となったのが公衆送信権ではなく複製権であった点等が、デジタル媒体をサービスの対象とする他の事件と結論を異にした理由であると考えられる。

(2) 判例の検討

1) ネオ・ジオ事件⁶¹⁾（地裁判決）

① 事案の概要

家庭用テレビゲーム機を製造・販売する会社が、本件ゲーム機本体にのみ接続可能な専用コントローラー（連射機能の付加されたもの。）を販売する者に対して、著作権及び著作者人格権（同一性保持権）に基づき差止め及び損害賠償を求めた事件。

② 判旨

「被告がユーザーを手足ないし道具として利用して本件ゲームソフトウェアを上映せしめているものとして、被告自ら本件ゲームソフトウェアを上映しているのと同視できるためには、単に被告製品を購入したユーザーがその購入目的からして必然的に被告製品を使用して本件ゲームソフトウェアを上映するに至ることが明らかであるというだけでは足りず、被告において、被告製品をユーザーに販売した後も、ユーザーが被告製品を使用して本件ゲームソフトウェアを上映することについて何らかの管理・支配を及ぼしていること、及び被告が被告製品を販売する目的がユーザーをして本件ゲームソフトウェアを上映させることそれ自体により利益を得ることにあることが必要であると解するのが相当である。」

③ 責任を否定した理由づけ

被告製品を購入したユーザーが被告の「管理・支配」の及ばない自宅に持ち帰り、ゲームソフトウェアを上映していること、及び、被告製品を販売する目的がユーザーをして本件ゲームソフトウェアを上映させることそれ自体によ

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

り「利益」を得ることにあると認める証拠がないことを理由に、被告製品の本件ゲーム機本体に対する「専用性」を考慮しても、被告行為をもって、本件ゲームソフトウェアの上映行為と同視することはできないとした。

2) スターデジオ事件⁶²⁾

① 事案の概要

レコード製作者らが、CS放送により音源をデジタル方式で送信する業者に対して、放送を受信し、これをMDに録音しているのはユーザーであるところ、送信業者が複製権侵害の主体であると評価できるとして、デジタル方式での放送及びデジタル方式の記憶媒体への収録の差止めを請求した事件。

② 判 旨

「受信者による本件各音源のMD録音が、一般的に、個々の受信者にとって、「個人的に又は家庭内その他これに準ずる限られた範囲内において使用すること」を目的として行われていることは明らかであり（右の事実自体については当事者間に実質的な争いがないといえる。）、また、右録音が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行われるものでないことも明らかであるから、個々の受信者による右録音行為は、著作権法一〇二条一項によって準用される同法三〇条一項が規定する「私的使用のための複製」に当たるものといえる（個々の受信者の中には、右のような使用を超えた使用を目的として、本件各音源をMDに録音する者がいることも考えられるが、被告らがそのような録音を具体的に教唆・幫助しているという事情はおよそ認められないから、本件では、右の点は考慮しない。）」「原告らの主張は、個々の受信者による本件各音源のMDへの録音が本件各レコードの違法な複製であることを前提とした上で、被告らによる本件番組における本件各音源の公衆送信が、右の

ような個々の受信者による違法な複製を教唆又は幫助する行為として違法であるという構成によるものであるところ、……個々の受信者による本件各音源のMDへの録音は、本件各レコードの違法な複製とはいえないのであるから、原告らの主張は、その前提を欠くものというべきである。」

③ 責任を否定した理由づけ

個々のユーザーの録音行為が法30条1項により違法な複製とされないこと、及び、同項の使用を超えた態様で録音している者に対しても、被告がそのような録音を具体的に教唆・幫助しているという事情は認められないことにより、原告の請求を認めなかった。

3) 2ちゃんねる事件（地裁判決）⁶³⁾

① 事案の概要

前掲，4. 2 (3) 4) 参照。

② 判 旨

「インターネット上において他人の送信した情報を記録し、公衆の閲覧に供することを可能とする設備を用いて、電子掲示板を開設・運営する者や、ウェブホスティングを行う者（以下「電子掲示板開設者等」という。）は、基本的には、他人が送信した情報について媒介するという限度で情報の伝達に関与するにすぎない。」「したがって、電子掲示板開設者等は、他人が行った電子掲示板への情報の書き込み、あるいはウェブページ上における表現行為が、著作権法上、複製権、送信可能化権、公衆送信権の侵害と評価される場合であっても、電子掲示板開設者等自身が当該情報の送信主体となっていると認められるような例外的な場合を除いて、特段の事情のない限り、送信可能化又は自動公衆送信の防止のために必要な措置を講ずべき作為義務を負うものではない。」「同電子メールの内容（小学館編集長からの著作権侵害部分に対する削除要請。著者注釈。）も、具体的に著作物

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

の内容を示した上でどの部分が著作権侵害かを特定して申告するものでもなく、仮に被告が、同電子メールによる権利侵害との申告を軽信して、著作権侵害かどうかの判断を誤って過剰に発言を削除した場合には、かえって、書き込みをした者から非難されるおそれがあること、自由な表現活動を保障する観点から他人の表現行為について第三者が介入することには慎重さが求められるべきであることも考慮するならば、この程度の内容の電子メールを受け取ったからといって、被告において権利侵害の事実を知っていたか、あるいはこれを知ることができたと認めるに足りる相当の理由があったということではできず、送信可能化又は自動公衆送信の防止のために必要な措置を講ずべき特段の事情があったとは認められない。ちなみに、……プロバイダ責任制限法3条1項においては、特定電気通信（……本件スレッドにおける発言の書き込みの送信可能化及び自動公衆送信も、これに含まれるものと解される。）による情報の流通により他人の権利が侵害された場合において、特定電気通信役務提供者（……本件被告も、これに該当するものと解される。）は、当該特定電気通信による情報の流通によって他人の権利が侵害されていることを知っていたとき（同項1号）、あるいは、特定電気通信役務提供者において情報の流通を知っていた場合であって、当該特定電気通信による情報の流通によって他人の権利が侵害されていることを知ることができたと認めるに足りる相当の理由があるとき（同項2号）のいずれかの場合に該当する場合でなければ、権利侵害によって生じた損害について損害賠償責任を負わない旨が規定されている。本件においても、被告が条理上の作為義務を負うものかどうかを判断するに当たっては、この規定の趣旨を尊重するのが相当であるが、上記に認定したとおり、被告において、原告らの権利侵害の事実を知っていたということではできな

いし、権利侵害の事実を知ることができたと認められないのであって、同規定の下においても、被告が原告らに対して損害賠償責任を負い得る場合には当たらないものというべきである。」

③ 責任を否定した理由づけ

電子掲示板開設者等自身が「当該情報の送信主体となっていると認められるような例外的な場合」を除いて、特段の事情のない限り、送信可能化又は自動公衆送信の防止のために必要な措置を講ずべき作為義務を負うものではないとした上で、プロバイダ責任制限法3条1項の趣旨から本件における特段の事情の存在を判断し、これを否定した。

5. 幫助的行為と法的責任

5. 1 著作権侵害の行為者要件

(1) 行為主体性と差止請求の関係

幫助的行為に対する責任を認めるに際し、差止請求を認めた事件では、ヒットワン事件、2ちゃんねる事件（高裁判決）、選撮見録事件を除き、直接行為者としての行為主体性が認められている。これに加え、差止請求が問題とならなかった事件であるベジュアル振付事件においても、幫助的行為を行った被告に対し、直接行為者としての行為主体性が認められている。

これに対して、ヒットワン事件、2ちゃんねる事件（高裁判決）、選撮見録事件では、直接行為者でなくとも差止め服する場合があるとして、前2者においては、侵害除去に対する条理上の義務が認められ、最後者においては、原告と被告の利益が衡量されている。

(2) 直接行為者としての責任を認める要件

直接行為者としての行為主体性を認める判例においては、「管理・支配性」及び「利益の帰属」を要件とするものと、これに加え、幫助的

行為を行っている者の「行為の内容・性質」を判断するものがある。

これに対して、共同不法行為責任が問題となった事件のうち、魅留来事件、ベジャール振付事件においても、「管理・支配性」及び「利益の帰属」が同責任を認める前提とされており、同要件が必ずしも直接行為者としての行為主体性を認める基準として明確に機能しているわけではない。

なお、著作権侵害行為防止の注意義務を責任の前提とする事件においても、「支配・管理性」及び「利益の帰属」という要件が判断されている。その際、機器の提供が幫助的行為とされる事件においては、幫助的行為の危険性（もしくは機器の「専用性」）が、「支配・管理性」もしくは「利益の帰属」と合わせて責任判断の要件とされている。また、サービスの提供が幫助的行為とされている場合には、「支配・管理性」及び「利益の帰属」が一定の作為義務の前提として考慮されている。

(3) 幫助的行為に対する行為主体性判断の構造

民事事件における行為者要件は、上記のとおり、行為主体性を明確に区分するものではない。その理由は、米国において、直接の行為者とは別に、これに対する寄与責任・代位責任を認めるために用意されている要件が、日本においては、直接行為者の行為主体性を認めるための要件として利用されているという点にある。したがって、日本における幫助的責任に対する行為主体性の判断基準は、実質的には第三者責任でありながら、形式的には直接行為者としての責任となるという性質を有している。

このような民事事件における行為者要件は、民事上の救済として差止めを認める範囲では、許容可能なものであるとも考えられるが、5. 2 (2)において述べるように刑事における正犯と幫助犯を区別する基準としては機能しない。

(4) 民事における行為主体性判断と刑事責任の関係

民事における基準は以上のように、刑事でいう正犯と狭義の共犯を区別しない基準となっている。この点、同基準を採用するカラオケ法理を刑事事件において用いた事件がある⁶⁴⁾。同事件においては、問題となったカラオケ装置が、上記最判で問題となった初期型の音声テープによるものではなく、ビデオディスクを使用した映像付きのものになっていたという点で事実上差異があった。この点につき、同事件においては、前記附則14条を問題とする必要がなく、したがって、上映権侵害のみで起訴すべきであり、いわゆるカラオケ法理を当てはめる必要はなかったとの批判がなされている⁶⁵⁾。他に問題のない構成が採用できたにもかかわらず、民事でもさらに問題のあるカラオケ法理を罪刑法定主義を貫徹すべき刑事事件において当てはめた点につき、上記批判は正当なものであるといえる⁶⁶⁾。また、現実には利用行為を行っていない者の行為に関して、幫助行為としての判断を行わず、正犯としての行為責任を認めた点でも、同判決は、Winny事件に対する先例となるものではない⁶⁷⁾。

これまでの民事判例を概観したところからは、刑事事件に適用可能な行為者要件を導き出すことはできなかった。また、民事上の行為者要件を刑事事件に当てはめることは、正犯と幫助犯の概念を混同させるものであり、刑法において狭義の共犯を定めた趣旨を没却するものであるといえる。

5. 2 著作権侵害における客観的要件の重要性

(1) 著作権者と第三者の利益の調整

著作権法は、無体の対象に独占権を認めるという構成を採用しているため、その保護範囲が第三者から認識されにくいという問題に常に直

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

面している。このため、法は、権利者が独占可能な範囲を利用行為として定め、その他、侵害行為とされる類型を予め第三者に示すことで、著作権者の権利保護と第三者の行為の自由の確保という問題を解決していることについては、すでに、3. 3で述べた。他方、知的財産法の関わる現実世界は常に進歩しており、法の硬直的解釈では、これに対応できないことも、一連のカラオケ法理を採用した判例が示すように、また事実である。

しかしながら、カラオケ法理等に見られる行為主体要件については、直接行為者と幫助的行為者の区別を曖昧にするという点で、第三者の行為予測性を十分に担保するものとはいえず、差止請求を認めるため、というような特殊な事情がない限り、できるだけ利用行為の明確化により、権利範囲を定めることが好ましいといえる。このように、著作権法においては、刑法上の客観的構成要件にあたる利用行為の客観化が重要であり、これを全く考慮しない幫助行為の捕捉は、著作権者と第三者の利益調整のバランスを損なうものであるといえる。

(2) 罪刑法定主義と著作権侵害行為

刑法の適用に関する一般的理解としては、正犯に関するある行為について、その構成要件が示されている場合、これに対する共犯（従犯を含む）の行為については、特別の構成要件を必要としないとされている。これをWinnyプログラムの開発と著作権侵害に係る刑事罰の可否との問題で考えると、著作権利用行為に関する規定は刑法でいう正犯の行為に係る部分についての構成要件が規定されていることになり、特別の規定が存在しなくとも、仮に、Winnyプログラムの開発・配布行為が権利侵害を引き起こす蓋然性の高い行為であるとすると、その行為は幫助として処罰の対象となるように見える。

しかしながら、幫助行為については、非常に

多様なものを含み、因果性も広い範囲に及び得ることから、処罰に値するものの類型化作業の必要性及び幫助の故意による処罰範囲の限定の重要性も学説・判例によって示されており⁶⁸⁾、著作権侵害行為に関してもこの作業を省略することはできない。

著作権侵害行為に関して刑罰規定を有する類型のうち、親告罪とされているものは、民事上の財産権侵害責任をその基礎に置いている。換言すれば、著作権法において民事責任を問われない行為に対して刑事責任を問うことは予定されておらず、これを認めることは著作権法の趣旨を没却することになる。このため、刑法の謙抑性を満たしながら、処罰に値するものを導き出すためには、民事上の責任類型を分析・把握することが不可欠となる。

現状においては、幫助的行為に関する民事判例の基準を基に、これを行為主体要件として利用するのではなく、利用行為を含み違法とされる行為と適法行為を分ける基準として利用することが必要であろう。また、同基準を刑事事件において適用する際には、民事よりさらに明確な責任が認められる場合にのみ幫助責任を認めるという判断が求められるであろう。なぜなら、幫助的行為に対する責任判断の基準は、民事上も議論が分かれており、民事における総合的判断をそのまま刑罰規定の適用に関しても用いることは、あいまいな構成要件を排斥する罪刑法定主義の立場に反するからである。

このような著作権法における刑法の謙抑性は、すでに高裁レベルの判決によっても示されており⁶⁹⁾、本件のような幫助行為という幅広い範囲へ及びうる行為の可罰性を検討する上では、このことを厳しく認識する必要があると言わなければならない。

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

5.3 著作権法における私益と公益（親告罪としての公衆送信権の位置づけ）

(1) 著作権法における刑罰規定の意味

著作権は、有体物に対する権利ではなく、複製を行ったり、演奏を行ったりするという有形的再生及び無形的再生行為を対象とするものである。したがって、占有が可能な有体物に対する所有権とは異なり、著作権の対象となっている著作物の利用は、誰にでも行うことができることになる。このような状態を放置したまま、権利の保護を実効化することはできないため、法は、罰則を定めることにより、違法行為を抑止しようとしたものと考えられる⁷⁰⁾。また、最近では、個々の著作権侵害とは別に、著作権侵害を大量に誘発する危険性の高い機器も世の中に出現するようになってきた。著作権法は、このような機器に関する行為を限定列挙し、刑事罰の対象としている⁷¹⁾。

(2) 親告罪と非親告罪

旧法に関するものであるが、「著作権法違反の罪は原則として親告罪であるが、一定の場合には被害者の告訴を要しないことは既述の如くである。蓋し直接公益に重大なる関係ある場合の外は、寧ろ被害者本人をして、刑罰を科するか否かを決定せしめるのが、人格権と関連する此種の財産権の効力として適当であるからである。」⁷²⁾との説明がある。

Winny事件同様、コンピュータ上の著作物を対象とする行為の規制に関しては、法120条の2第1項、2項が技術的保護手段回避行為を対象としている。ただし、法120条の2第1項、2項に該当する行為に関する刑事罰の発動に関しては、これを非親告罪としているのに対して、Winny事件で問題となっている法23条に該当する行為に関する刑事罰の発動については、これを親告罪としている点で刑事上の位置づけを異

にしている（法123条1項参照）。

法120条の2第1項、2項に規定された技術的保護手段回避装置は、著作権侵害との関係で個々の利用行為とは別に制限する必要が認められたものであるため、非親告罪とされている。これに対して、Winnyそれ自体、もしくはWinnyの配布行為に対しては、このような罰則が定められているわけではなく、あくまでも公衆送信権という著作権の侵害として捉える必要がある。したがって、Winnyというプログラムによる著作権侵害発生蓋然性の高さをことさらに強調する議論ではなく（立法論としてはともかく）、Winny配布行為が既存の利用行為及び民事で蓄積されてきた幫助的行為に対する責任の基準に当てはまるか、という点から議論を行う必要がある⁷³⁾。

6. おわりに

以上の検討から、Winny開発者がWinnyをインターネット上にアップロードした行為を民事上の行為主体要件に照らして考えてみると、「支配・管理性」及び「利益の帰属」が存在せず、ときめきメモリアル事件やDEAD OR ALIVE事件で問題とされた「機器の侵害専用性」を判断するまでもなく、幫助的行為に対する責任を問えないことになる。

インターネットというネットワーク空間は、これまで、様々な技術の実験場になってきた。そこは、ある意味で、プロフェッショナルとアマチュアがお互いに協力しながら、作業を行う場であったといえる。しかしながら、現在では、技術に関してほとんど無知に等しい者にとっても、インターネットは日常生活に不可欠な道具となりつつある。このような場で、新技術を実験するということは、ある意味で、一般道で開発中の自動車を走らせることにも似た危険性に対する意識を喚起せずにはおかない。自動車の場合は、その保有台数が少ないころには、車検

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

もなく、免許もない時代があり、自由にどこでも運転ができた時代もある。しかしながら、その後の保有台数の増加に伴い、各種法規制が誕生していった。インターネットに関しては、この規制に当たる作用を技術力が作り出せるのか、法による手当を待つほかないのか、これからも議論が続くであろう。

どちらにしても、インターネットに関わる技術と既存の権利もしくは利益との調整に関して、これを利用者のモラルに任せておくという解決法がないことは、警察官や自衛官を含むWinny利用者による様々な情報漏洩の事実が示しているところである。そうだとすると、このような問題の責任をWinny開発者一人に負わせしめることは、問題の解決とはならない。Winnyのような高度なプログラムを開発する能力を有する者にとって、その行為を捕捉されない態様でプログラムを開発・公開することはたやすいと考えられ、Winny開発者への著作権法の適用には、刑法における一般予防機能（場合によっては特別予防機能についても）は全く期待されないからである。

Winnyのようなソフトウェアは、今後も開発が続けられていくであろうし、その技術発展を止めることはできない。したがって、同様なソフトウェアとの関係で著作物を含むファイルの保護については、これまでとは異なる考え方を用意する必要があるのかもしれない。たとえば、著作権の対象となるものの利用を止めることで保護を図るのではなく、利用料の適正な付加等による侵害を未然に防ぐ手だてをネットワークを含むシステムで構築するというような考え方である。

これまでも、インターネット利用者は、より便利なシステムへ乗り換えるという動きを繰り返してきたことを考慮すると、Winnyに勝る（著作権侵害を行うことなく、音楽・映像ファイルを簡単に交換できる）システムが現れれば、

Winnyユーザーからの乗り換えが起こり、必然的にWinnyネットワークは消滅することになる。そして、そのようなシステムの構築に際し、ユーザーへの課金という構造を採用するか、他の者（ウェブサイトへの広告掲載を行う者等）への料金負担の転嫁を行うのかという選択もすべて、権利者又は権利管理団体の選択に係るものといえる。

裁判所の役割は、判決により、技術発展を制限しない態様で著作権保護が保たれる方向へ権利者とユーザーを導くことにあるものと考えられ、Winny事件においても、このことが強く望まれる。

注 記

- 43) 東京地判平成10年11月20日知的裁集30巻4号841頁。バレエの振付に関して、「管理」および「利益の帰属」を根拠として、実際に舞踊を演じる立場にない公演の主催者を著作物の利用主体と認めたもの。なお、本件は、差止請求がなされず、共同不法行為責任のみが問題となったものである。
- 44) 東京地判平成14年6月28日判時1795号151頁，判タ1116号265頁。演奏会における演奏（歌唱を含む。）に関して、「管理・支配性」および「利益の帰属」を根拠として、直接演奏を行う立場にないプロモーション会社を著作物の利用主体と認めたもの。
- 45) 上野達弘「判批」コピーライト491号（2002年）34頁以下，35頁。
- 46) 最判昭和63年3月15日民集42巻3号199頁。
- 47) 東京地判平成10年8月27日知的裁集30巻3号478頁，東京高判平成11年7月13日判時1696号137頁。
- 48) なお、本件は、客の歌唱に加え、カラオケ伴奏自体の演奏権及び上映権侵害が認められたことにも表れているように、法附則14条の適用を否定している。
- 49) 名古屋高決昭和35年4月27日下民集11巻4号940頁，判時224号15頁。
- 50) 大阪地判平成15年2月13日判時1842号120頁，判タ1124号285頁。
- 51) なお、著作権侵害の幫助者に対する差止めを判

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

例・学説の多数は認めないが（高部真紀子「最判解説4事件」法曹時報54巻10号2742頁参照。）、牧野利秋「著作権等侵害の主体」牧野利秋・飯村敏明編著『著作権関係訴訟法』（2004年、青林書院）363頁は、ヒットワン事件で大阪地判が示した基準及び結論に賛成する。

- 52) 東京地決平成14年4月9日、同年同月11日（仮処分）。注17（前号掲載）参照。
- 53) 東京高判平成17年3月3日判時1893号126頁。
- 54) 大阪地判平成17年10月24日判時1911号65頁。
- 55) 東京地決平成16年10月7日判時1895号120頁、東京地決平成17年5月31日（異議決定）、知財高決平成17年11月15日（抗告審決定）。
- 56) 検討対象とした判例のうち、DEAD OR ALIVE事件では、地裁判決が民法709条の責任を認めており、又、同事件高裁判決及びときめきメモリアル事件最高裁判決は適用条文を明らかにしていない。このため、共同不法行為責任を認めたと断定できない事例があることに注意が必要である。
- 57) 大阪地判平成6年3月17日判時1516号116頁、大阪高判平成9年2月27日判時1624号131頁。
- 58) 最判平成13年3月2日民集55巻2号185頁、判時1744号108頁。
- 59) 大阪地判平成9年11月27日判タ965号253頁、大阪高判平成11年4月27日判時1700号129頁、最判平成13年2月13日民集55巻1号87頁、判時1740号。
- 60) 東京地判平成14年8月30日判時1808号111頁、東京高判平成16年3月31日判時1864号158頁。
- 61) 大阪地判平成9年7月17日知的裁集29巻3号703頁、判タ973号203頁。大阪高判平成10年12月21日知的裁集30巻4号981頁。
- 62) 東京地判平成12年5月16日判時1751号149頁、判タ1057号221頁。
- 63) 東京地判平成16年3月11日、前掲注53参照。
- 64) 大阪地判平成6年4月12日判時1496号38頁参照。
- 65) 棚町祥吉「営利目的のカラオケ演奏等が著作権侵害罪になるとされた事例」村林隆一先生古稀記念論文集刊行会『判例著作権法』（東京布井出版、2001年）949、955頁以下参照。

- 66) 現行法の立法に関わった元行政官による解説書にも、119条の処罰の対象となるのは、「具体的行為を行った者」であると説明されている。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）657頁参照。
- 67) 同様に、両罰規定（法124条）がなかった旧法下の事件において、キャバレーの営業主が侵害行為者となるとした判例（たとえば、神戸地判昭和45年7月18日判タ253号153頁）も、先例となるものではない。
- 68) 前田雅英『刑法総論講義 第2版』（東京大学出版会、1994年）497頁、東京高判平成2年12月10日判タ752号246頁参照。
- 69) 仙台高判平成14年7月9日判時1813号145頁〔ファービー事件〕は、「著作権法の適用を拡大するのが妥当であるかは慎重な検討を要し、殊に刑事罰の適用に関してはより慎重でなければならない」と述べて被告人を無罪とした。
- 70) 同じ知的財産権である特許法における刑事罰に関しては、「特許法は、民事法に属する法律ではあるが、保護の強化と一般公共の利益の擁護のために、若干の刑事罰も規定されている。」と説明されている（中山信弘『工業所有権法 上 第2版増補版』（弘文堂、2000年）484頁参照）。
- 71) 詳しくは、前号掲載3.4参照。
- 72) 勝本正晃『日本著作権法』（巖松堂、1940年）197頁（なお、旧漢字はあらためた。）。
- 73) この点について、2004年5月31日の記者会見において、京都地検の高田次席検事がソフトという道具を包丁と拳銃に例え「包丁を数10万本作っても、人殺しに使うのは1本あるかないか。拳銃は金づちとしても使えるが、大半は人を殺すためにある。ウィニーは大半が著作権侵害に使われている。何を目的にしたのが基準だ」と、ウィニーでの違法行為横行を起訴理由の一つに挙げた点については、Winnie開発者の行為に対する刑事責任との関係で、論点を歪めるものと言わざるを得ない。

（原稿受領日 2006年6月5日）