

著作権法上の行為主体

立命館大学 准教授 宮脇 正晴

1. はじめに

著作権法上認められる排他的権利（著作権、著作者人格権、著作隣接権等）の対象となる行為（以下、単に「対象行為」とする）が、複数人の関与により達成されたとみる余地がある場合に、これを禁止したい権利者としては、そのような複数人のうち、当該行為を誘発する商品・サービス等の提供主体といった、いわば最上流に位置する者の行為を差止めたいと考えるのが通常であろう。ただし、著作権法上差止請求が認められるためには、著作権等を侵害する行為か、そのおそれのある行為であることを要する。そして、著作権等を侵害する行為とは、無権原で対象行為をなすことであるとの理解¹が一般的である。本稿ではこのことを前提に、後述する「カラオケ法理」を中心とする、著作権法上の対象行為およびその主体の判断手法について検討することとする。なお、上記一般的な理解とは異なり、対象行為以外の行為の主体に対しても差止めを肯定する理論構成²も存在するが、本稿においてはそのような構成は考えないものとする³。

上記のとおり、対象行為の実現に A と B が関与していると見られるときに、（たとえば B のほうが引き金となるサービスの提供事業者であるなどの理由で）B の行為を差止めたいのであれば、B のなした関与が対象行為として評価されるものである必要がある。更に詳しく言えば、このような場合①B のなした一連の関与（不作為も含む）が対象行為そのものであると評価されるか（直接的行為主体⁴構成）、②対象行為の主体が A であることを前提に、その A の行為は B の行為と同視できるとして、B が規範的な利用主体であると評価されるか（規範的行為主体構成）、のいずれかの構成によらないと、B への差止めは肯定されない。近年の裁判例においては、規範的行為主体の範囲を広く捉えて、後者の構成により対象行為を誘発するサービスや商品の提供事業者に対する差止めを認容する傾向にある。

そこで、以下ではまずそのような規範的行為主体性を肯定する根拠となる理論（規範的行為主体論）について、いわゆる「カラオケ法理」を中心に批判的に検討し、そのうえで直接的行為主体論についても検討を加え、「カラオケ法理」に代わるより説得的な理論構築の可能性を追究することとしたい。

2. 規範的行為主体論

2.1 手足論

直接的行為主体である A が、B の「手足」として当該行為を行っているとは評価されるような場合、B を利用行為の主体と捉える考え方がある。このような考え方は、「手足論」といわれることがある⁵。ただし、A が B の「手足」とあるといえるためには、相当に強い管理・支配関係があることが必要であり、問題となる著作物の利用行為を行うかどうかは直接行為者の自由意思に委ねられていると評価されるようなケースについては、「手足論」は妥当しない⁶ので、この理論の射程はそれほど広くない。

2.2 カラオケ法理

(1) クラブキャッツアイ事件最高裁判決

「カラオケ法理」とは、カラオケスナックにおける客の歌唱を店による歌唱と同視するとした、最判昭 63・3・15 民集 42 卷 3 号 199 頁 [クラブキャッツアイ] によって示された法理である。同判決は、客が店の管理のもとに歌唱しているものと解されること、および店が客の歌唱によ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、の 2 点を指摘した上で、このような客による歌唱を、「著作権法上の規律の観点から」店による歌唱と同視しうるとしたものである。

カラオケスナックでは、客が歌うかどうかは客自身の決定することであり、よって客が店の「手足」として歌唱しているとまではいえない。しかし、だからといって客は店と無関係に歌唱しているわけではなく、客と店の間には一定の管理・支配関係が見られる。そのような管理・支配関係とは、具体的には「…従業員による歌唱の勧誘、[店] の備え置いたカラオケテープの範囲内での選曲、[店] の設置したカラオケ装置の従業員による操作」という程度のものである。カラオケ法理は、このような比較的弱い管理・支配関係の場合でも、「営業上の利益増大の意図」という他の要素と併せて勘案することで、店の利用主体性を肯定するものといえる⁷。

(2) カラオケ法理の採用例

(イ) カラオケ関連のもの

カラオケ法理は、上記最高裁判決後、カラオケ社交飲食店に関する裁判例において採用されることとなった⁸。上記最高裁判決において同法理が採用された裏には、平成 11 年改正前の附則 14 条が、「適法に録音された音楽の著作物の演奏の再生については」、「営利を目的として音楽の著作物を使用する事業で政令で定めるもの」以外には演奏権は及ばない旨規定しており、カラオケスナックについてはこのような事業として想定されていなかったことから、店側を直接的行為主体として解決することが困難であったという事情があった。

しかし、平成 11 年改正で上記附則は廃止され、このような事情はもはや存在していない。また、当時のカラオケはもっぱらテープで再生される伴奏をバックに客が歌うというものであったが、今日では伴奏に合わせて歌詞の字幕付き映像が再生されるという形式のものが一般的であり、これについては上映権（伴奏等が公衆送信される場合は伝達権）によりコントロールが可能となっている⁹。このように、少なくとも上記附則の改正後においては、客による演奏を問題として、規範的行為主体構成によるというような迂路を経る必要はなくなっているはずであるが¹⁰、近年においてもカラオケ社交飲食店に関する事案において、裁判所はカラオケ法理を適用し続けている¹¹。

また、社交飲食店に比して店側の管理性の程度が相当に低いと思われる、カラオケボックスに関係する事案においても、裁判例はカラオケ法理によって解決を図ってきている¹²。

(ロ) カラオケ以外のもの

更に、近年、カラオケに関係しない事案において、カラオケ法理を拡張して適用したとみられる次のような裁判例が登場してきている。

(i) ファイルログ事件判決

東京地中間判平 15・1・29 判時 1810 号 29 頁 [ファイルローグ審] においては、被告である「ファイルログ」サービス（「ファイルログ」におけるファイル交換は、いわゆる Napster 型のものであり、ファイルの「交換」自体は利用者の端末間で行われるが、そのためには被告のソフトをインストール・使用して、被告の運営するサーバにアクセスし、目的のファイル情報を検索・入手する必要がある）の運営者の侵害主体性の判断に当たり、カラオケ法理に類似する法理が採用されている。

同判決は、まず「判断の前提」として、各利用者の行為が著作権（送信可能化権、自動公衆送信権）を侵害するものであるとし、そのうえで、侵害行為を物理的に行っていない被告を送信可能化行為ないし自動公衆送信行為の主体と解すべきかについては、「①被告…の行為の内容・性質、②利用者のする送信可能化状態に対する被告…の管理・支配の程度、③被告…の行為によって受ける…被告の利益の状況等を総合斟酌して判断すべきである」としている。その結果、「本件サービスは、MP3 ファイルの交換に係る分野については、利用者をして、市販のレコードを複製した MP3 ファイルを自動公衆送信及び送信可能化させ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 MP3 ファイル（本件各 MP3 ファイルを含む。）の自動公衆送信及び送信可能化を行うことは被告…の管理の下に行われていること、被告…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、被告エ…は、本件各管理著作物の自動公衆送信及び送信可能化を行っているものと評価することができ、原告の有する自動公衆送信権及び送信可能化権の侵害の主体であると解するのが相当である」と結論している。

控訴審判決である、東京高判平 17・3・31 平成 16 (ネ) 405 [ファイルログ控訴審] においてもこの立場は踏襲され、「単に一般的に違法な利用もあり得るといっただけにとどまらず、本件サービスが、その性質上、具体的かつ現実的な蓋然性をもって特定の類型の違法な著作権侵害行為を惹起するものであり、控訴人会社がそのことを予想しつつ本件サービスを提供して、そのような侵害行為を誘発し、しかもそれについての控訴人会社の管理があり、控訴人会社がこれにより何らかの経済的利益を得る余地があるとみられる事実があるときは、控訴人会社はまさに自らコントロール可能な行為により侵害の結果を招いている者として、その責任を問われるべきことは当然であり、控訴人会社を侵害の主体と認めることができる」などと述べられた上で、侵害主体性につき原審と同様の結論が出された。

(ii) 録画ネット事件決定、ロクラク 2 事件決定

日本に設置した機器において日本の放送番組を録画し、海外に居住する利用者がインターネットを通じてその機器にアクセスすることで上記番組を視聴できるというサービスの提供事業者（上記機器は各利用者が個別に購入したものであり、事業者は利用者から当該機器を預かり保守するという形式となっている）の行為主体性が問題となった、知財高決平 17・11・15 平成 17(ラ)10007 [録画ネット] においては、事業者が放送番組の複製行為を管理していること¹³と、利用者に当該サービスを利用して毎月の保守費用の名目で利益を得ていることをもって、事業者を複製主体であることが肯定されている。

また、上記とほぼ同様のサービスの提供事業者の行為主体性が問題となった、東京地決平 19・3・30 平成 18(ヨ)22046 [ロクラク 2] においては、「…著作権法上の侵害行為者を決するについては、…最高裁判例（最高裁昭和 59 年(オ)第 1204 号同 63 年 3 月 15 日第三

小法廷判決)等も踏まえ、行為(提供されるサービス)の性質、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である」とされ、結論として事業者の複製行為主体性が肯定されている。

(iii) 選撮見録事件判決

最大5局分の1日のテレビ放送番組を同時に1週間分録画できるサーバーを有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の販売等を行う事業者の行為主体性が問題となった、大阪高判平19・6・14平成17(ネ)3258等[選撮見録控訴審]においては、「現実の複製、公衆送信・送信可能化行為をしない者であっても、その過程を管理・支配し、かつ、これによって利益を受けている等の場合には、その者も、複製行為、公衆送信・送信可能化行為を直接に行う者と同視することができ、その結果、複製行為、公衆送信・送信可能化行為の主体と評価し得るものと解される」との規範の下、事業者が上記商品の販売後においても「使用者による複製等(著作権、著作隣接権の侵害)の過程を技術的に決定・支配している…のみならず、控訴人商品の安定的な運用のためには、その販売後も、固定IPアドレスを用いてのリモートコントロールによる保守管理が必要であると推認される上、控訴人は、控訴人商品の実用的な使用のために必要となるEPGを継続的に供給するなどにより、使用者による違法な複製行為等の維持・継続に関与し、これによって利益を受けているものであるから、自らコントロール可能な行為により侵害の結果を招いている者として、規範的な意味において、独立して著作権、著作隣接権の侵害主体となると認めるのが相当である」と判断している。

(iv) 土地宝典事件判決

不特定多数の利用者が法務局に備え置かれた土地宝典¹⁴の貸出を受けて、各法務局内に設置されたコインコピー機により無断複製行為を繰り返していたことについての国の不法行為責任が問題となった、東京地判平20・1・31平成17(ワ)16218号[土地宝典]においては、コインコピー機の設置主体である訴外民事務協会の侵害主体性につき、「不特定多数の一般人をして本件土地宝典の無断複製行為をさせ、これにより利益を得ていたのであるから、本件土地宝典の複製行為については、その侵害主体であるとみるべきである」と判断している(国の侵害主体性の問題については後述する)。

2.3 「中部観光」法理

管理性と利益性に着目して行為主体性を規範的に判断するというアプローチ自体は、クラブキャッツアイ最高裁判決より前から採用例が存在していた。そのような例として、名古屋高決昭35・4・27下民集11巻4号940頁[中部観光]を挙げることができる。同決定においては、キャバレー等の社交場における楽団の演奏について、営業主がその営業所に楽団を「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、[営業主]の委嘱により、[営業主]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、[営業主]の営業計画に従って、その指図により音楽演奏に従事しているに過ぎず、右は、[営業主]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、従って、[営業主]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…の自由に支配しうるものであること、そして、[営業主]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」を認定した上で、演奏主体を営業主であると結論している。

この事案においては、カラオケスナックが客に対して及ぼしている管理・支配の程度よりもはるかに強い管理・支配関係が直接的行為主体である楽団と規範的行為主体とされたキャバレー等の営業主との間に存在していることから、この決定で適用された法理（「中部観光」法理と呼ぶこととする）は、カラオケ法理ではなく、手足論の一種であると考えられよう¹⁵。

上記決定以降、直接的行為主体と契約等に基づく強い支配関係・従属関係がある者につき規範的に行為主体性を認める裁判例が複数存在するが、これらについてもカラオケ法理ではなく、（手足論の一種としての）「中部観光」法理の適用例とみるべきであろう。具体的な裁判例としては、楽団に生演奏させているキャバレーなどの行為主体性を肯定した大阪高判昭45・4・30判時606号40頁[ナニワ観光]、音楽公演の企画者の行為主体性を肯定した東京地判昭54・8・31無体集11巻2号439頁[ビートル・フィーバー]、海外からバレエ団を招聘してバレエ公演を主催し実施した者の行為主体性を肯定した東京地判平10・11・20知裁集30巻4号841頁[ベジャール振付]、音楽演奏会のプロモーターの行為主体性を肯定した東京地判平14・6・28判時1795号151頁[ダイサンプロモーション]が挙げられる¹⁶。

3. 直接的行為主体論

3.1 直接的行為主体の規範的評価

直接的行為主体についても、規範的評価の余地はある。上に述べたカラオケスナックのケースにおいて問題になっていたのは、自然人が自らの喉を使って歌う行為であったので、客が対象行為（演奏）主体であることを認めざるを得なかった。しかしながら、常に直接的行為主体が一義的であるわけではない。特に、対象行為が機械により達成されているようなケースにおいては、自然人の行っている物理的な行為としては機械の操作であって、対象行為それ自体ではない。そのような物理的な行為をなした者が直接的行為主体といえるのか否かは、規範的判断により決せられるべきものであろう。

例えばカラオケボックスにおける伴奏の主体について考えてみよう。カラオケボックスにおける伴奏は、複製物を再生する機械（カラオケ装置）によってなされるが、その操作を行うのは客である。しかし、そのことは客が対象行為¹⁷をなしているということを即座に意味しない。確かに伴奏が再生される直接の原因は客による装置の操作にある。しかしカラオケ装置は、客が歌うバックで「誰かに伴奏してもらおう」代わりに伴奏を再生するためのものであるから、この場合の客による操作は、店が抱えている楽団に演奏をリクエストする行為と同視できるようにも思われる。そうすると、客の行為は対象行為とは評価できず、客の要望にこたえて伴奏を流せる状態にあるカラオケ装置を設置した店側こそが、同装置を道具として伴奏を再生している主体であるといえよう。このように、機械操作の主体を即対象行為の主体と考えるのは適切ではなく、対象行為の主体については、問題となるサービスの性質や機械の設置主体等の諸要素を勘案した上で、著作権法の観点からの

評価により決せられることになる。

上記のように、A の機械操作によって対象行為が（直接的には）実現される場合に、機械ないしシステムの設置・管理主体などである B の行為主体性を肯定する際の根拠となる行為主体論を、ここでは「 α 型の行為主体論」と呼ぶこととする。

裁判例においては、上記 α 型以外にも、A のなした対象行為を放置等した B の行為を、A のなした行為とは別個に対象行為として（規範的に）評価するというタイプの行為主体論もみられる。これを「 β 型の行為主体論」と呼ぶこととする。以下、これらの各行為主体論の採用例について見ていくこととしたい¹⁸。

3. 2 α 型の行為主体論の採用例

α 型の行為主体論の採用例としては、上記のようなカラオケボックスに関する例である、東京高判平 11・7・13 判時 1696 号 137 頁 [ビックエコー] が挙げられる。この判決は、カラオケボックスにおける客の歌唱については、カラオケ法理により店が規範的行為主体となると判断しているが、伴奏については、カラオケボックスはその「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ということが出来るから」、店が伴奏の上映主体であるとしている。この判決は、「機械の操作主体イコール上映主体」との認識の下で、機械の操作主体を手足論により店であるとしたものであるかのように読めるが、カラオケ装置の設置等の事情に着目して、店側を直接的行為主体であると判断したものと解することもできよう。

また、前記録画ネット事件の異議審である東京地決平 17・5・31 平成 16(モ) 15793 においては、「本件における複製の主体の認定は、…本件サービスにおける債務者の管理・支配の程度と利用者の管理・支配の程度を比較衡量した上、行われるべきである」との判断が示されている（結論として、本件複製は利用者と業者との共同行為であるとされた）。この決定においては、いったん利用者を直接的行為主体としたうえで、業者の行為主体性について規範的評価をしているのではなく、利用者の機械操作により達成されている複製の主体について、業者の関与の程度に応じて直接的行為主体につき判断しようとするものであると考えられる。

更に、東京地判平 19・5・25 判時 1979 号 100 頁 [MYUTA] においては、利用者自身がアップロードした CD 等の楽曲をサーバに蓄積し、当該利用者が自己の携帯電話にダウンロードできるようにすること等を内容としたストレージサービス業者の複製主体性につき、次のような事情に照らして、利用者ではなく業者が主体であると結論している。その事情とは、① 本件サービスの過程において、本件サーバにファイルを蔵置する複製行為は、極めて重要なプロセスと位置付けられること、② 本件サービスにおいて中心的役割を果たす本件サーバは、業者がこれを所有し、その支配下に設置して管理してきたこと、③ 業者は、本件サービスを利用するに必要不可欠な本件ユーザソフトを作成して提供し、本件ユーザソフトは、本件サーバとインターネット回線を介して連動している状態において、本件サーバの認証を受けなければ作動しないようになっていること、④ 本件サーバにおけるファ

イルの複製は、上記のような本件ユーザソフトがユーザのパソコン内で起動され、本件サーバ内の本件ストレージソフトとインターネット回線を介して連動した状態で機能するように、原告によってシステム設計されたものであること、⑤ ユーザが個人レベルでCD等の楽曲の音源データを携帯電話で利用することは、技術的に相当程度困難であり、本件サービスによりそれが初めて可能になること、⑥ ユーザは、本件サーバに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ものではあるが、本件サーバにおける音源データの蔵置に不可欠な本件ユーザソフトの仕様や、ストレージでの保存に必要な条件は、原告によって予めシステム設計で決定され、その複製行為は、専ら、原告の管理下にある本件サーバにおいて行われるものであること、である。

この判決についても、利用者が直接的行為主体であることを前提に規範的行為主体について判断したのではなく、複雑な一連のシステムにより達成される複製について、そのシステム等の諸事情を勘案して、その直接的行為主体につき判断したものと理解されよう¹⁹。

3.3 β型の行為主体論の採用例

β型の行為主体論の採用例としてまず挙げることができるのが、東京高判平 11・9・21 判時 1702 号 140 頁 [恐竜イラスト] である。この事案は同一性保持権侵害が問題となったものであるが、イラストレーターからの委託に基きイラスト作品を顧客に貸し出すことを業として行っている業者と、その代理店としてイラスト作品貸出しに係る代理店業務を行っている業者について、判決は、「両者は、協力して、その管理するイラストに係る権利について善良なる管理者の注意をもって事務処理をすべき義務を負っているものと解され」としたうえで、顧客からイラストの改変の希望やその具体的な方法等を知りながら、正確な情報を権利者に伝えず、顧客に対してはその希望どおりの改変の承諾を得られたかのような連絡をしたことは上記義務に反するものであって、「これらの行為が同一性保持権を侵害する行為としての評価を受ける」と結論している。

また、インターネット上の掲示板の運営者に対して著作権侵害に当たる書き込みの削除等が請求された、東京高判平 17・3・3 判時 1893 号 126 頁 [罪に濡れたふたり] は、「自己が提供し発言削除についての最終権限を有する掲示板の運営者は、これに書き込まれた発言が著作権侵害（公衆送信権の侵害）に当たるときには、そのような発言の提供の場を設けた者として、その侵害行為を放置している場合には、その侵害態様、著作権者からの申し入れの態様、さらには発言者の対応いかんによっては、その放置自体が著作権侵害行為と評価すべき場合もあるというべきである」との規範の下、本件における掲示板運営者について、問題の書き込みを「掲示板において公衆送信可能状態に存続させあるいは存続可能な状態にさせたままにしている者として、著作権侵害の不法行為責任を免れない」としている。

更に、前記土地宝典事件判決においては、「[国]（各法務局）が本件土地宝典の複製を禁止しなかった不作為についても、[国]が民事法務協会に対しコピー機の設置許可を与え、同設置場所の使用料を取得し、同コピー機が法務局が貸し出す図面の複写にのみ使用されるものであること、法務局がコピー機の設置場所についても直接管理監督をしていることを考慮すると、各法務局がコピー機の使用に関し、民事法務協会と共に直接これを管理監督していたものと認められ、各法務局についても、不特定多数の一般

人による本件土地宝典の複製行為について、単なる幫助的な立場にあるとみるよりは、民事法務協会と共に共同正犯的な立場にあるとみるのが相当である」とされ、国の複製主体性が肯定されている。

上記の裁判例においてはいずれも、他人の対象行為（侵害行為）を放置等した不作為について、対象行為と同視するという評価が与えられているものと解される。

4. 考察

4.1 カラオケ法理の問題点

以上において、著作権法上の行為主体論について概観した。裁判例は、カラオケ法理ないしこれを拡張したものを適用することにより行為主体性を判断する傾向にあるが、カラオケ法理については、これを批判する見解が有力に主張されている。具体的には、①クラブキャッツアイ事件最高裁判決自体は事例判決であり、その論理が一般的に適用されることを想定したものではなかったこと、②「手足」というほどの密接な支配関係がない状況において、利益性等の他の事情があれば行為主体性を肯定できるとすることの理由が不明であること、③クラブキャッツアイ事件最高裁判決当時は、上記2. 2 (2) (イ)において述べたようなカラオケをめぐる特殊な事情が存在したが、今日ではそのような事情はなく、カラオケ社交飲食店やカラオケボックスについてはカラオケ法理を使わずとも（直接的）行為主体性を肯定できること、及び④カラオケ法理はカラオケ関連事件以外の事案に応用され、今後さらに一般化される可能性を秘めているが、その波及効果について検討する必要があること、というような主張がなされている²⁰。

このうち、特に重要であるのは②であろう。カラオケ法理は、直接的利用主体である客の歌唱行為が適法であるにもかかわらず、行為主体の規範的評価により店を行為主体とすることで、著作権侵害を肯定するという重大な効果を有している。このような法理が「著作権法上の規律の観点から」の一言で正当化されるものではない²¹。カラオケ法理より以前から存在していた「中部観光」法理は、既に述べたように、カラオケのケースよりもはるかに管理性の高いケースにおいて適用されていたものである上、そもそも直接的行為主体の行為が違法である点でカラオケ法理とは区別されるべきものである²²。

また、クラブキャッツアイ事件当時においては、店の不法行為責任を肯定すべきであるという点については社会的なコンセンサスがあったものと思われる。そして、上記のような特殊な事情があり店が直接的行為主体となる伴奏については違法とすることが困難であり、客自身による歌唱については客が（直接的）行為主体であることを否定する余地がないという状況において店の不法行為責任を肯定するためには、手足論（「中部観光」法理）を拡張して適用するほか途がなかったのであろう。しかし、今日においてカラオケ法理が適用されているケースをみると、侵害主体性を肯定する結論自体に問題がないと思われるカラオケ関連の事案については、既にみたようにカラオケ法理によらずとも解決可能であるし、それ以外の事案については、侵害主体性を肯定することに社会的なコンセンサスが形成されているものとはいいがたいものばかりである²³（おそらく唯一の例外といえそうであるのはファイルログ事件であろうが、これについては後述するようにβ型の直接的行為主体論により解決可能である）。このように、差止めを肯定するという結論の妥当性に明白でないケースにおいて、さしたる正当化根拠を示すこともなく、カラオケ法理を適用

するべきではないように思われる。

しかも、近年のネットワークサービス関連の事案へのカラオケ法理の適用例においては、対象行為ではなく、それに用いられたシステムに対する管理・支配性を問題としている点で、(対象行為に対する管理・支配のみが問題とされていた)初期のカラオケ法理とは異なっていることが指摘されている²⁴。たしかに、これらの事案における対象行為への管理・支配性は、カラオケのケースよりもはるかに弱い程度のものであり、従って仮に初期のカラオケ法理を承認したとしても、このような事案において規範的行為主体性を肯定するのであれば別の理由づけが必要であろう。

以上から、カラオケ法理は適用すべきではなく、規範的行為主体論としては手足論(「中部観光」法理)のみが用いられるべきであると考えられる。

4.2 直接的行為主体論による解決の可能性

上記のように考えたとしても、従来、カラオケ法理が適用されていた(カラオケ以外の)事案において、規範的行為主体とされた者の行為主体性がすべて否定されることにはならない。これらのケースのいくつかは、次に述べるように、直接的行為主体論により行為主体性を肯定することが可能である。

(1) β 型の直接的行為主体論

既にみたように、 β 型の直接的行為主体論は、Aの行為を放置したBの不作为を規範的評価により対象行為とするものである。このような判断を正当化するためには、Bの不作为を対象行為と同視できるほどの作為義務にBが反したといえることが必要であろう。そのような作為義務を肯定するためには、第一に、BがAの侵害行為を排除することのできる立場にあることが必要である。そのような行為を排除できないのであれば、BとしてはAの行為を放置するほかないのであり、このような場合にBに作為義務を認めるのはあまりに不当であろう。

第二に、Aの行為が(著作権法上)違法であることが必要である。Aの行為が適法であれば、Bの作為義務を導出することはそもそも不可能であるからである²⁵。

第三に、Aの行為が侵害行為であることが明白であることが必要である。侵害行為が明白でない場合にまで作為義務を肯定すると、結果的には侵害とならないAの行為についても、侵害の可能性があるとだけで排除する方向にBを促すこととなり、著作物の適法な利用を委縮させるおそれがあると考えられるからである。

そして第四に、問題となるBの不作为(放置)に先行して、Aの対象行為を誘引するような行為(以下、「先行行為」とする)がB自身によりなされたことが必要であると考えられる²⁶。Aの行為が明白な侵害行為であって、Bがそれを排除しうるのであれば、Bは「放置すべきでないもの」を放置したとはいえるであろうが、ここで問題となっているのは、単にBに作為を義務づける法規範が存在するかどうかということだけでなく、その違反が対象行為と同視されるほど(換言すれば、Bに著作権法上の侵害行為主体としての責任を負わせるほど)の重大な義務であるか否かである²⁷。そのような重大な義務の存在を肯定するためには、Aの侵害行為がBにより誘引されたものであることまでがいえる必要があるように思われる。そして、そのように解することで、Bのような立場の者の予測可能性

や行動の自由に十分配慮した結論を導出することが可能であろう。

以上をファイルログ事件にあてはめて考えると、同事件の地裁・高裁両判決において、ファイル交換サービス運営者の侵害主体性を肯定する要素として考慮されていた諸事情は、上記のβ型の直接的行為主体性を肯定するための事情と適合することに気づかされる。両判決はいずれも、「判断の前提」として、利用者の行為が著作権侵害行為であることを述べているが、このことは上記の第二要件を充足する事情といえるし、「管理性」を肯定する事情の一つとして言及されている、利用者のファイル交換に必須のサーバを運営者が提供している点は、上記の第一要件を充足する事情として捉えられる。更に、「サービスの内容・性質」として述べられているのは、要するに本件サービス利用者の行為はほとんどすべてが侵害行為であり、運営者はこのような事態になることを十分予想しつ本件サービスを開始したということであり、このことは上記第四要件の（作為義務を肯定するための）先行行為の存在を肯定するための事情であるといえるであろうし、本件サービスが違法行為以外にほぼ使いみちがないという点は、第三要件の侵害行為の明白性を肯定するための事情と捉えることが可能である。

従って、ファイルログ事件については、β型の直接的行為主体論によって、サービス運営者を侵害主体とすることが可能であったのであり、そのほうがカラオケ法理によるよりも説得的であったと思われる²⁸。

(2) α型の直接的行為主体論

以上のように、β型の行為主体論については、相当程度明確化できるものと考えられるが、α型の行為主体論については課題が多く、これの類型化・精緻化が今後の課題であろう。この点については、さしあたり次のようなことを指摘できるように思われる。

α型の行為主体論に関係しそうな当事者としては、対象行為を実現させる機械ないしシステムの提供・管理主体（以下、「業者」とする）と、当該機械ないしシステムを操作して、これに対象行為を実現させるための指令を出す者（以下、「ユーザ」とする）とが考えられる。上で述べたカラオケボックスにおける伴奏の例のように、問題となる対象行為がユーザ以外の者によってなされた実演や口述を固定した複製物による演奏・上演・上映・口述であるような場合は、ユーザ以外の実演家等による生の実演や口述に代わって機械による再生がなされていると評価できるから、ユーザによる機械の操作は他人への実演等のリクエストと同視できるので、業者を行為主体とする結論を導きやすいであろう。

これに対し、対象行為が複製である場合は、ユーザを行為主体と考えることが出発点となると思われる。このことは、私的使用目的の複製について定める著作権法30条1項柱書において、同項の下で権利制限が認められる条件として複製物の使用者自身による複製であることが求められている一方で、同項1号において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場合には同項の権利制限の対象とはならないと規定されていることと整合する。同項1号にいうような自動複製機器は、その設置・管理主体が使用者以外の者であることは明らかであるが、このような場合に複製主体が当該設置・管理主体となる（使用者と共同で複製主体となる場合も含む）のであれば、そのような者による複製は（当該自動複製機器が公衆の使用に供されているか否かにかかわらず）同項柱書にそもそも該当しないこととなり、同項1号の規定が無意味になることとな

ってしまうからである。この規定からは、機械による複製の主体については、原則としてその機械を操作した者であることを法が想定していることがうかがえるのである。

しかしながら、前掲東京地決〔録画ネット〕や前掲東京地判〔MYUTA〕においては、問題の機械やシステムにおける複製のプロセスが複雑化すればするほど、業者の行為主体性が肯定されやすいことが示唆されているように思われる。仮にこのような方向性を承認するとしても、少なくとも30条1項1号における「自動複製機器」として通常想定されるものの範囲を超えるような態様の複製プロセスでなければ、業者の行為主体性を肯定すべきではないであろう²⁹。

¹ 中山信弘『著作権法』（有斐閣、2007年）459頁など参照。

² 被告が対象行為者であることを否定しつつも、差止請求を認容したものとして、大阪地判平15・2・13判時1842号120頁〔ヒットワン〕、大阪地判平17・10・24判時1911号65頁〔選撮見録一審〕がある（前者は著作権法112条1項を直接適用、後者は類推適用している）。

³ そのような構成の問題点については、本報告書の愛知論文を参照のこと。

⁴ このような行為主体は「物理的行為主体」と呼ばれることが多いが、本稿では「直接的行為主体」という語を用いる。「物理的行為主体」というとき（とりわけ「規範的行為主体」との対比で用いるとき）には、そこに規範的評価の余地が全く無いかのような（誤った）印象を与える危険があると考えられるためである。

⁵ 上野達弘「いわゆる『カラオケ法理』の再検討」紋谷先生古稀記念『知的財産法と競争法の現代的展開』（発明協会、2006年）784頁など参照。

⁶ 大阪地判平9・7・17知裁集29巻3号703頁〔NEOGIO〕（控訴棄却：大阪高判平10・12・21知裁集30巻4号981頁）、東京地判平12・5・16判時1751号149頁〔スターデジオⅡ〕。

⁷ 上野前掲注5）785頁。平嶋竜太「判批」判時1797号195、207頁注(9)も参照。ただし、中山前掲注1)482頁注41)は、手足論とカラオケ法理について、「規範的な解釈をすれば、同じような法理と見ることでもできよう」としており、管理性の程度の差については本質的な問題ではないと考えているようである。

⁸ 広島地福山支判昭61・8・27判時1221号120頁〔くらぶ明日香〕、高松地判平3・1・29判タ753号217頁〔まはらじゃ〕、大阪高判平9・2・27知裁集29巻1号213頁〔魅留来〕など。

⁹ 映像を伴って音楽が再生される場合、今日では、それが複製物を用いたものであれば著作権法上は上映権（著作権法2条1項17号、22条の2）が、公衆送信されるものが再生されているのであれば伝達権（著作権法23条2項）がそれぞれ問題となり、演奏権の問題ではなくなる。

¹⁰ 田村善之『著作権法概説〔第2版〕』（有斐閣、2001年）177頁、上野前掲注5）790頁参照。

¹¹ 最判平13・3・2民集55巻2号185頁〔バブハウスG7〕は、カラオケ社交飲食店において歌詞及び楽曲の上映がなされていた事案であるが、最高裁は客の歌唱についてカラオケ法理を適用している。

¹² 後掲東京地判〔ビッグエコー〕など。

¹³ 管理性を肯定する事情として考慮されているのは、「①本件サービスは、原告人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、原告人事務所内に原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原告人が調達した原告人の所有物であって、原告人は、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、原告人が設定した範囲内の放送（原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、原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、原告人は、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」という事情である。

¹⁴ 判決の認定によれば、土地宝典とは、「個人又は出版社が法務局等に備え付けの旧土地台帳附属地図…に旧土地台帳の地目・地積等の情報を追加し、編集したもので、索引図としての全図と対象地域を数枚に納めた切図とで構成され、関東を始め中部、関西、九州、東北地方の一部などで、原則として市町村ごとに1冊が発行されている」というものである。

¹⁵ 中部観光事件決定を手足論の一種と理解するものとして、上野前掲注 5) 784 頁、794 頁 (註 7)、中山前掲注 1) 476 頁注 19)。

¹⁶ 中山前掲注 1) 476 頁注 19) 参照。なお、上野前掲注 5) 795 頁 (註 12) は、ベジヤール振付事件判決やダイサンプロモーション事件判決についてはカラオケ法理の適用例としている。

¹⁷ この場合、伴奏が公衆送信されるものである場合は、著作権法上は「公衆への伝達」となり、それ以外の場合、伴奏が映像を伴うものでなければ「演奏」となり、映像を伴う場合は「上映」となる (いずれも公衆に対してなされていると仮定して)。

¹⁸ これらいずれにも分類しがたい直接的行為主体論を採用するものとして、東京地判平 19・4・12 平成 18(ワ)15024 号 [聖教グラフ写真] がある。この判決は、第三者により改変された写真をそのまま複製して自らのホームページに掲載する行為について、「客観的には、著作物の改変行為であり、…同一性保持権侵害行為に当たる」としているが、理由はほとんど示されておらず、先例としての価値は低いと思われる。

¹⁹ 同様の理解を示すものとして、今村哲也「判批」速報判例解説・知的財産法 No. 6 <http://www.tkcllex.ne.jp/commentary/pdf/2008-2-12-4_tkc.pdf> 3 頁 (2008 年)。

²⁰ 上野前掲注 5) 787-791 頁参照。

²¹ 上野前掲注 5) 788 頁参照。

²² 茶園成樹「著作権侵害の行為主体」大阪大学法学部創立 50 周年記念『21 世紀の法と政治』(有斐閣、2002 年) 313 頁は、中部観光事件判決については、著作権保護の実効性を高めるという観点から正当化できるとする。

²³ 上野達弘「著作権法における『間接侵害』」ジュリ 1326 号 83 頁 (2007 年) は、著作権法における「間接侵害」につき立法による解決を図る際には、様々な具体的なケースを念頭において、結論として差止請求が肯定されるべきなのかという政策的判断についての立場決定が迫られることになるが、そのような政策的判断についてコンセンサスを得るための道程は平坦ではないと指摘する。

²⁴ 吉田克己「著作権の『間接侵害』と差止請求」知的財産法政策学研究 15 号 171 頁 (2007 年)、奥邨弘司「変質するカラオケ法理とその限界についての一考察」情報ネットワーク・ローレビュー第 6 巻 46-48 頁参照。

²⁵ 前掲東京地判 [土地宝典] は、β 型の直接的行為主体論により国の行為主体性を肯定する際に、利用者の行為の違法性について明言していないが、土地宝典を法務局で閲覧し複写をしていたのは主には不動産関係業者である旨の認定がなされていることから、多くの利用者の行為が侵害行為であったことが前提となっているものとみられる。

²⁶ この点につき詳しく論じるものとして、高瀬亜富「判批」知的財産法政策学研究 17 号 143 頁以下 (2007 年) がある。

²⁷ なお、刑法における (不真正) 不作為犯の議論においても、作為による構成要件の実現と同視しうるほどの義務違反があるか否かが問題となるとされている。プロバイダの不作為による刑事責任についてこのことを述べるものとして、山口厚「プロバイダの刑事責任」情報ネットワーク法学会=社団法人テレコムサービス協会編『インターネット上の誹謗中傷と責任』(商事法務、2005 年) 118 頁以下。また、同 124 頁は、プロバイダにそのような作為義務が一般的に認められることについては否定しつつも、プロバイダ自身がアップロードを事実上奨励しているような状況下で、違法コンテンツを放置した場合には (「きわめて例外的に」ではあるが) 作為義務を肯定しようとしている。

²⁸ もっとも、ファイルログ事件の地裁判決においても高裁判決においても、サービス運営者の行為を利用者の行為と「同視する」とは述べられておらず、運営者が本件各 MP3 ファイルをパソコンに蔵置し、その状態でパソコンをファイル交換用のサーバに接続するという「物理的行為」をしていないことを前提に、運営者の「侵害主体」性につき判断がされているにすぎない。従って、これら判決自体も、カラオケ法理ではなく、直接的行為主体論の下で侵害主体性が判断された例と捉えることも不可能ではないように思われる。

²⁹ 複製プロセスがひとつの場所にあるひとつの機器で完結するようなケースにおいては、定型的に業者の行為主体性を否定してよいように思われる。