

文化審議会著作権分科会法制問題小委員会
司法救済ワーキングチーム検討結果報告

平成 18 年 7 月

文化審議会著作権分科会法制問題小委員会
司法救済ワーキングチーム

文化審議会著作権分科会法制問題小委員会
司法救済ワーキングチーム検討結果報告

目 次

1. はじめに	1
(1) 問題の所在	
(2) 本報告の構成	
2. 裁判例からのアプローチ	3
(1) カラオケ法理（クラブ・キャッツアイ法理）関係	
(2) 侵害行為の幫助者に対する差止請求の可否	
(3) その他	
3. 外国法からのアプローチ	14
(1) ドイツ法	
(2) フランス法	
(3) アメリカ法	
(4) イギリス法	
4. 民法からのアプローチ	86
(1) 序	
(2) 共同不法行為責任	
(3) 物権的請求権	
(4) 2. で検討した近時の裁判例について	
5. 特許法からのアプローチ	92
(1) 特許法上の直接侵害と間接侵害	
(2) 特許法上の間接侵害規定（101条）の趣旨・概要	
(3) 間接侵害以外の侵害責任	
(4) 諸外国の間接侵害規定の概観	
6. 検討結果	103
7. 参照条文	104
【参考】	128

1. はじめに

(1) 問題の所在

本ワーキングチームの検討項目は、①「間接侵害」と②損害賠償・不当利得等の2点であるが、まず、前者から検討を開始することとされた。しかるに、前者の「間接侵害」という用語は、法令上の用語でもなく、また、講学上の用語としても論者によりその内容が必ずしも一定していないために無用の議論の混乱が生じているように見受けられる。そこで、本報告書においては、①「間接侵害」についての立法論的検討の対象を、「間接侵害」という用語を用いることなく設定することとし、具体的には以下のとおりとするとともに、「間接侵害」という用語自体は分析検討の道具概念としては用いないこととした。

著作権法112条1項は、「著作者、著作権者、出版権者又は著作隣接権者は、その著作者人格権、著作権、出版権又は著作隣接権を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる」と規定しており、著作権法上の権利を「侵害する者又は侵害するおそれがある者」に対する差止請求を認めている。また、著作権法113条は、同条各項に掲げられた一定の行為を、「当該著作者人格権、著作権、出版権、実演家人格権又は著作隣接権を侵害する行為とみなす」と規定しているため、当該行為を行った者に対しても著作権法112条1項に基づく差止請求が肯定されることになる。

もっとも、著作権法112条1項における「侵害する者」を定義する規定はない。そのため、どのような者が「侵害する者」に該当するかは必ずしも明らかであるとはいえない。

ただ、著作権法上の権利のうち著作権に関していうならば、著作権に含まれる権利に関する規定（著作権法21～28条）において「……する権利を専有する」という文言が用いられていることから、著作権者に無断で、著作権の権利範囲に属する利用行為を物理的に行う者は、著作権を「侵害する者」に該当し、著作権法112条1項に基づきその者に対する差止請求が肯定されるものと解される。ここまでは異論のないところであろう。

これに対して、物理的な利用行為の主体以外の者に対して差止請求を肯定できるかどうかは、現行著作権法上、必ずしも明確でない。

たしかに、従来の裁判例においては、物理的な利用行為の主体とは言い難い者を一定の場合に利用行為の主体であると評価して差止請求を肯定

したものや（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〕等）、一定の幫助者について侵害主体に準じるものと評価して差止請求を肯定した下級審裁判例（大阪地判平成15年2月13日判時1842号120頁〔ヒットワン事件〕）や、著作権法112条1項の類推適用に基づき差止請求を肯定した裁判例（大阪地判平成17年10月24日判時1911号68頁〔選撮見録事件〕）も見られる。

しかし、これをめぐっては様々な議論が展開されているほか、従来の裁判例においても、物理的な利用行為の主体以外の者に対して差止請求を肯定できるかどうか、肯定できるとすればその相手方となる主体はどのような者か、そしてその差止請求の根拠は何か、ということについて一致した認識があるとは必ずしもいえない（後記2．参照）。

そこで、次のような点が問題となる。すなわち、物理的な利用行為の主体以外の者に対しても差止請求を肯定すべきかどうか、肯定するとすればその相手方となる主体はどのような者とすべきか、そして、そのことを明示する立法的対応が必要かどうか、立法的対応が必要であるとすればどのような立法的対応を行うべきか、といった点である。

（2）本報告書の構成

以上のような問題が本報告書の課題に他ならない。

もともと、この問題は著作権法における極めて重要な基本問題であり、具体的な検討を進めるに当たっては、従来の議論（裁判例・学説）の分析はいうまでもなく、比較法的検討並びに他の知的財産法（とりわけ特許法）及び民法における民事救済との比較検討を行うことが必要となる。

本報告書は、従来の裁判例からのアプローチ（後記2.）、外国法からのアプローチ（後記3.）、民法からのアプローチ（後記4.）、特許法等からのアプローチ（後記5.）という観点から若干の検討を行った上で、これまでの検討結果を報告する（後記6.）ものである。

2. 裁判例からのアプローチ

以下、本件に関連する主要な裁判例を概観する。

(1) カラオケ法理（クラブ・キャッツアイ法理）関係

- ① 侵害主体を著作権法の規律の観点から規範的に捉えるとされるものとして、裁判例上、次のようなカラオケ法理（クラブ・キャッツアイ法理）と呼ばれる法理が用いられている。

〔1〕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〉は、スナック等の経営者が、カラオケ装置とカラオケテープとを備え置き、ホステス等の従業員においてカラオケ装置を操作し、客に歌唱を勧め、客の選択した曲目のカラオケテープの再生による演奏を伴奏として他の客の面前で歌唱させるなどし、もって店の雰囲気作りをし、客の来集を図って利益を上げることを意図しているという事実関係のもとにおいては、ホステス等の従業員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記経営者であると判示する。その理由付けとしては、客のみが歌唱する場合でも、客は、上記経営者と無関係に歌唱しているわけではなく、上記経営者の従業員による歌唱の勧誘、上記経営者の備え置いたカラオケテープの範囲内での選曲、上記経営者の設置したカラオケ装置の従業員による操作を通じて、上記経営者の管理のもとに歌唱しているものと解され、他方、上記経営者は、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を醸成し、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記経営者による歌唱と同視し得るとする^{1 2}。

なお、この法廷意見に対しては、客のみが歌唱する場合についてまで、営業主たる上記経営者をもって音楽著作物の利用主体と捉えることは、い

¹ そして、本文上記の点から、上記経営者が、権利者の許諾を得ないで、ホステス等従業員や客にカラオケ伴奏により上記経営者の管理にかかる音楽著作物たる楽曲を歌唱させることは、当該音楽著作物についての著作権の一支分権たる演奏権を侵害するものというべきであり、当該演奏の主体として演奏権侵害の不法行為責任を免れないとしている。

² ここでは、このような法理の根拠としては、「著作権法上の規律の観点」というものが挙げられているにとどまるようであって、上記の管理と利益という2点との関係も必ずしも明らかではないように見受けられる。

ささか不自然であり，無理な解釈ではないかとし，この場合には，客の自由意思によって音楽著作物の利用が行われているのであるから，営業主たる上記経営者が主体的に音楽著作物の利用にかかわっているということとはできず，これを上記経営者による歌唱と同視するのは，擬制的にすぎて相当でないとする伊藤正己裁判官の意見が付されている。

上記のカラオケ法理（クラブ・キャッツアイ法理）については，〔2〕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（ビデオメイツ事件）〉においても，基本的に再確認されている。

このカラオケ法理は，カラオケスナック等の場合だけでなく，カラオケボックスの場合においても，下級審裁判例において踏襲されている。例えば，〔3〕東京地判平成10年8月27日知裁集30巻3号478頁〈カラオケボックス・ビッグエコー事件〉は，カラオケ店舗の経営者が，同店舗の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，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って歌唱し，歌唱する曲目は上記店舗経営者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という事案につき，顧客による歌唱は，上記店舗経営者の管理の下で行われているというべきであり，また，カラオケボックスの営業の性質上，上記店舗経営者は，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からすれば，各部屋における顧客の歌唱による著作物の演奏についても，その主体は上記店舗経営者であると判示している。

また，前記カラオケ法理の適用範囲は，カラオケ関係以外にも拡大されてきている。例えば，〔4〕東京地判平成10年11月20日知裁集30巻4号841頁〈アダージェット・バレエ作品振付け事件〉は，舞踊の著作物の上演の主体につき，実際に舞踊を演じたダンサーに限られず，当該上演を管理し，当該上演による営業上の利益を収受する者も，舞踊の著作物の上演の主体であり，著作権又は著作者人格権の侵害の主体となり得ると判示している。

② 前記カラオケ法理は，ファイル交換事件関係でも，基本的には踏襲されているもののように見受けられる。

〔5〕東京地中間判平成15年1月29日判時1810号29頁〈ファイルログ事件中間判決〉は，ピア・ツー・ピア方式による電子ファイル交換サービスの事案において，同サービスの提供者が，送信可能化権及び

自動公衆送信権を侵害していると解すべきか否かについては、a) 同サービス提供者の行為の内容・性質、b) 利用者のする送信可能化状態に対する同サービス提供者の管理・支配の程度、c) 同サービス提供者の行為によって受ける同者の利益の状況等を総合斟酌して判断すべきであるとした上で、i) 同サービスは、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、ii) 同サービスにおいて、送信者がMP3ファイルの自動公衆送信及び送信可能化を行うことは同サービス提供者の管理の下に行われていること、iii) 同サービス提供者も自己の営業上の利益を図って、送信者に同行為をさせたことから、同サービス提供者を、侵害の主体であると判示している³。ここでは、前記カラオケ法理と基本的に共通するb)、c)の点に加えて、a)の点を考慮要素としている点、また、これらの3つの要素につき、「総合斟酌」するとしている点が注目される。

なお、同事件の控訴審の〔6〕東京高判平成17年3月31日最高裁HP(平16(ネ)405)⁴〈ファイルログ事件控訴審判決〉は、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、同電子ファイル交換サービスが、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、同サービス提供者がそのことを予想しつつ同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同者の管理があり、同者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、同者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

³ 上記中間判決の主体に関する主文は、「被告有限会社日本エム・エム・オーが運営する『ファイルログ』(File Rogue) という名称の電子ファイル交換サービスにおいて、同サービスの利用者が、原告の許諾なく、別紙楽曲リスト(上)及び同(下)記載の各音楽著作物をMP3(MPEG1オーディオレイヤー3)形式で複製した電子ファイルを利用者のパソコンの共有フォルダ内に蔵置した状態で、同パソコンを同被告の設置に係るサーバに接続させる行為は、上記音楽著作物について原告の有する著作権(自動公衆送信権及び送信可能化権)を侵害する行為に当たり、同被告がその著作権侵害行為の主体であると認められる。」というものである。また、同事件の終局判決(東京地判平成15年12月17日判時1845号36頁)の差止めの主文は、「被告有限会社日本エム・エム・オーは、被告有限会社日本エム・エム・オーが『ファイルログ』(File Rogue) という名称で運営する電子ファイル交換サービスにおいて、送受信可能の状態にされた電子ファイルの存在及び内容等を示す、利用者のためのファイル情報のうち、ファイル名及びフォルダ名のいずれかに別紙楽曲リストの『原題名』欄記載の文字(漢字、ひらがな、片仮名並びにアルファベットの大文字及び小文字等の表記方法を問わない。)及び『アーティスト』欄記載の文字(漢字、ひらがな、片仮名並びにアルファベットの大文字及び小文字等の表記方法を問わない。姓又は名のいずれか一方のみの表記を含む。)の双方が表記されたファイル情報に係る、MP3(MPEG1オーディオレイヤー3)形式によって複製された電子ファイルを送受信の対象としてはならない。」というものである。

⁴ 東京高判平成17年3月31日最高裁HP(平16(ネ)446)も同旨。

の責任を問われるべきことは当然であり、同者を侵害の主体と認めることができるというべきであると判示している。その上で、a) 同サービスの性質、b) 管理性、c) 同サービス提供者の利益の存在の各点につき検討し、これら各点を総合考慮すれば、同サービス提供者は、同サービスによる本件管理著作物の送信可能化権及び自動公衆送信権の侵害主体であると認めることができるとしている。

③ また、「録画ネット」との名称で、インターネット回線を通じてテレビ番組の受信・録画機能を有するパソコンを操作する方法により、海外など遠隔地においてテレビ番組の受信・視聴を可能とするサービスを提供している事業者（債務者・抗告人）に対して、放送事業者（債権者・相手方）が、上記サービスが、債権者の有する著作隣接権を侵害しているとして、上記サービスにおいて債権者の放送を複製の対象とすることの差止めを求めた仮処分命令申立の事案（保全抗告審）において、〔7〕知財高決平成17年11月15日（平成17年（ラ）第10007号）〈録画ネット事件抗告審決定〉は、複製行為の主体について、認定に係る事情⁵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」とし、「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」とした上で、「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影像について有する著作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」と判示している^{6 7}。ここ

⁵ 「①本件サービスは、抗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、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る」との事実が認定されている。

⁶ この〔7〕（抗告棄却）が維持した原仮処分決定の主文は、「債務者は、債務者が『録画ネット

では、抗告人の複製行為の主体性が肯定されているところ、その根拠については必ずしも明確ではない面もあるが、基本的には、前記のカラオケ法理に依拠するもののように見受けられよう。

(2) 侵害行為の幫助者に対する差止請求の可否

〔10〕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（ヒットワン事件）〉は、著作権法第112条第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が、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、a) 幫助者による幫助行為の内容・性質、b) 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、c) 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かわりを有し、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、「著作権を侵害する者又は侵害するおそれがある者」に当たるとして、一定の場合において幫助者に対する差止請求を肯定している⁸。具体的に

ト』との名称で運営している放送番組の複製・送信サービスにおいて、別紙放送目録記載の放送に係る音又は映像を、録音又は録画の対象としてはならない。」というものである。

⁷ 上記〔7〕と同じ事案について、〔8〕東京地決平成17年5月31日（平16（モ）15793）〈録画ネット事件仮処分異議決定〉は、「録画ネット」という名称で運営している放送番組の複製・送信サービスにおいて、同サービスの利用者と同サービスの提供者が、当該放送の複製を共同行為者として行っているとして、同提供者への差止めを肯定している（原決定認可）。なお、同事件の原仮処分決定である〔9〕東京地決平成16年10月7日判時1895号120頁（平16（ヨ）22093）〈録画ネット事件仮処分決定〉においては、同サービスにおける複製の主体は、同サービスの提供者であるとして、同者への差止めを肯定していた。

⁸ その理由としては、「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。」としている。

⁹ なお、特許法との関係に関しては、「著作権法は、113条に侵害とみなす行為についての規定を置いているが、特許法のような間接侵害に関する規定を置いていないから、特許法との対比からすると、著作権法は、幫助的ないし教唆的な行為を行う者に対する差止請求を認めていないとの解釈も考え得るところであろう。」としつつも、「しかしながら、特許法と著作権法とは法領域を異にするものであるから、特許法における間接侵害の規定が著作権法にないとしても、そのことから、直ちに、著作権法が幫助的ないし教唆的な行為を行う者に対する差止請求を認めていないと解する必然性はない。」、「しかも、特許法における間接侵害の規定は、

は、歌詞・楽曲の演奏・上映による著作権侵害行為の主体をカラオケ店舗の経営者とした上で、カラオケ装置・楽曲データをリース契約・通信サービス提供契約によって提供する者である被告は、カラオケ店舗経営者による上記著作権侵害行為を故意により幫助する者であるとした上で、上記のような一般論を事案に当てはめて、被告に対する差止めを肯定している¹⁰ ¹¹。

これに対して、〔11〕東京地判平成16年3月11日最高裁HP（平15（ワ）15526）〈2ちゃんねる小学館事件第一審判決〉は、著作権法第112条第1項は、著作権の行使を完全ならしめるために、権利の円満な支配状態が現に侵害され、あるいは侵害されようとする場合において、侵害者に対し侵害の停止又は予防に必要な一定の行為を請求し得ることを定めたものであって、いわゆる物権的な権利である著作権について、物権的請求権に相当する権利を定めたものであるが、同条に規定する差止請求の相手方は、現に侵害行為を行う主体となっているか、あるいは侵害行為を主体として行うおそれのある者に限られると解するのが相当であるとして、特許法第101条や商標法第37条のような規定を要するまでもなく、権利侵害を教唆、幫助し、あるいはその手段を提供する行為に対

直接的な侵害行為がされているか否かにかかわらず侵害行為とみなすものであるところ、上記…において著作権法112条1項の差止請求の対象に含めるべきであるとする行為は、現に著作権侵害が行われている場合において、その侵害行為に対する支配・管理の程度等に照らして侵害主体に準じる者と評価できるような幫助行為であるから、特許法上の間接侵害に当たる行為とその適用場面を同一にするものではない。」「したがって、著作権法において特許法上の間接侵害に該当する規定が存在しないことは、著作権法112条1項の差止対象の行為について上記…で述べたように解することの妨げになるものではない。」

¹⁰ 「①被告は、本件各店舗において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（同装置に蓄積された楽曲データを含む。）を提供していること、②被告は、本件各店舗にカラオケ装置をリースするに際し、管理著作物に係る使用許諾契約の締結又申込みの有無を確認すべき条理上の注意義務を怠り、そのような確認をしないでカラオケ装置を引き渡したものであり、しかも、その後、現に本件各店舗の経営者が原告の許諾を受けないで管理著作物に係る歌詞・楽曲の演奏・上映による著作権侵害行為を行っていることを知りながら、これら経営者に許諾を受けることを促し、それがされない場合にはリース契約を解除してカラオケ装置の停止の措置をとり、カラオケ装置を引き揚げるべき条理上の注意義務に反して放置しているものであること、③被告は、同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、④被告が得るリース料は、本件各店舗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ことからすると、被告は、本件各店舗で行われている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。」と結論付けている。なお、「被告は本件各店舗のカラオケ装置の作動を停止させる措置として、通信回線を経由して一定の信号を送信することにより楽曲データの使用を不能にさせるという容易な方法を探り得るのであり、上記のように被告に侵害停止義務を認めたとしても、被告に過大な負担を負わせるものではない。」と付言している。

¹¹ 差止めの主文は、「被告は、別紙『無許諾店舗一覧表』記載の店舗に対し、別紙『楽曲リスト』記載の音楽著作物のカラオケ楽曲データ（歌詞データを含む。）の使用禁止措置（通信回線を経由して一定の信号を送信することによってカラオケ用楽曲データの再生を不可能にする措置）をせよ。」というものである。

して、一般的に差止請求権を行使し得るものと解することはできないと判示する¹² ¹³。

また、現に著作権等の侵害が行われている場合、あるいは行われるおそれの高い場合に、権利を侵害された者において侵害行為を行った主体に対する差止請求を行うことが容易ではない一方で、幫助者の行為が著作権等の侵害行為に密接な関わりを有し、かつ幫助者が被害の拡大を容易に防止することができる立場にあるような場合には、当該幫助行為を行う者は著作権等の侵害主体に準ずる者として、著作権法第112条第1項に基づく差止請求の相手方になり得るという前記大阪地判の立論とほぼ同様の主張については、採用することができないと明確に判示している¹⁴。

また、「選撮見録」という商品名で集合住宅向けのハードディスクビデオレコーダーシステム（被告商品）を販売している事業者である被告に対して、放送事業者である原告が、放送事業者として有する著作隣接権（複製権、送信可能化権）を侵害するとして、使用の差止め、商品の販売差止め、商品の廃棄を求めた事案において、〔13〕大阪地判平成17年10月24日判時1911号65頁〈選撮見録事件〉は、「全体としてみて、被告は、設置者が被告商品によって録画する行為を幫助しているということではできても、録画の主体として被告商品により録画しているというためには、これを認めるに足りる証拠がない」¹⁵とした上で、「被告が複製ないし送信可能化の主体ではない場合における被告商品の販売差止め等の可否」につき検討を加える。まず「著作権法112条

¹² なお、「もっとも、発言者からの削除要請があるにもかかわらず、ことさら電子掲示板の設置者が、この要請を拒絶して書き込みを放置していたような場合には、電子掲示板の設置者自身が著作権侵害の主体と観念されて、電子掲示板の設置者に対して差止請求を行うことが許容される場合もあり得ようが、そのような事情の存在しない本件において、被告に対する差止請求を認める余地はない。」とも判示する。

¹³ なお、上記のような差止請求のほか、損害賠償請求については、作為義務も過失も否定されるとして否定している。

¹⁴ 特許法に関するものではあるが、〔12〕東京地裁平成16年8月17日判時1873号153頁〈切削オーバーレイ工法事件〉は、「特許法100条は、特許権を侵害する者等に対し侵害の停止又は予防を請求することを認めているが、同条にいう特許権を侵害する者又は侵害をするおそれがある者とは、自ら特許発明の実施（特許法2条3項）又は同法101条所定の行為を行う者又はそのおそれがある者をいい、それ以外の教唆又は幫助する者を含まないと解するのが相当である。」として同旨を明確に判示する。

¹⁵ 「被告の、被告商品による録画行為に対する管理・支配の程度が強いということではできず、その受けている利益（保守業務の対価）も高いかどうか明確なものでもない」ことを理由としている。前提としては、「被告は、被告商品を販売するとしても、直接には、複製行為や送信可能化行為をするわけではない。」としつつも、「直接には、複製行為あるいは送信可能化行為をしない者であっても、現実の複製行為あるいは送信可能化行為の過程を管理・支配し、かつ、これによって利益を受けている者がいる場合には、その者も、著作権法による規律の観点からは、複製行為ないし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、その者も、複製行為ないし送信可能化行為の主体となるということができると解するのが相当である。」としており、前記のカラオケ法理に依拠している。

1項の適用による差止め」については否定しつつも¹⁶、次のように、「著作権法112条1項の類推による差止め」については、これを肯定している。すなわち、「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。」とした上で、「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。」と判示して、被告に対する差止めを著作権法112条1項の類推を根拠に¹⁷肯定している¹⁸。

(3) その他

前記〔11〕事件の控訴審である〔14〕東京高判平成17年3月3日最高裁HP（平16（ネ）2067）〈2ちゃんねる小学館事件控訴審判決〉は、前記〔11〕地裁判決とは逆に、差止めと損害賠償の双方を肯定している。この〔14〕高裁判決は、「自己が提供し発言削除についての

¹⁶ 「間接行為が、たとい直接行為と異ならない程度に権利侵害実現の現実的・具体的蓋然性を有する行為であったとしても、直ちにこれを、著作隣接権の侵害行為そのものであるということとはできないから、被告商品の販売行為そのものを原告らの著作隣接権を侵害する行為とすることはできない」等の点を理由としている。なお、「著作隣接権の侵害行為は、著作権法119条により犯罪とされている。ところが、原告らの主張に従えば、上記のような間接的行為は、それが間接正犯（複製ないし送信可能化の主体）とはいえない場合にも、それ自体が著作隣接権の侵害行為であるということになってしまい、現実の具体的な権利侵害行為が行われていないにもかかわらず、それが犯罪行為にも該当するという結論に至るものといわざるを得ない。」という点が重視されているように見受けられる。

¹⁷ このように、著作権法112条1項の適用自体は否定しつつも、同条同項の類推適用は肯定しているのは、前注のような刑事上の点の懸念に起因するものとも推察されようか。

¹⁸ 判決の差止めの主文は、「被告は、原告…に対し、滋賀県…の各府県内の集合住宅向けに、原告…に対し、大阪府内の集合住宅向けに、それぞれ、別紙物件目録記載の商品を販売してはならない。」というものである。

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、更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。」等とした上で、掲示板運営者は、著作権法第112条にいう「著作権者、著作権者、出版権者・・・を侵害する者又は侵害するおそれがある者」に該当するとして、掲示板運営者に対する差止請求を肯定している¹⁹。

この〔14〕判決については必ずしも判然としない面もあるが、上記判示部分からすると侵害行為の放置自体をもって著作権侵害行為と評価すべきものとしているようであり²⁰、少なくとも、カラオケ法理に立脚して侵害行為主体性を肯定したものとは言い難く、また、掲示板運営者を侵害行為の幫助者と位置付けた上で幫助者に対する差止請求を肯定したものとは言い難いように見受けられる。上記判断においては、掲示板ないしその運営者の特殊性が重要性を有しているように窺われる²¹。

なお、不法行為に基づく損害賠償請求権に関するものではあるが、〔17〕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〉は、専らゲームソフトの改変のみを目的とする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者は、他人の使用により、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、ゲームソフトの著作権者に対し、不法行為に基づく損害賠償責任を負うと判示している²²。ちなみに、これも不法行為に基づく損害賠償請求権に関するも

¹⁹ 差止めの主文は、「被控訴人は、『2ちゃんねる』と題するホームページ（アドレス <http://www.2ch.net>）の『過去ログ倉庫』（アドレス <http://comic.2ch.net/gcomic/kako/1014/10149/1014993777.html>）における原判決別紙転載文章目録の発言内容欄記載の各発言を自動公衆送信又は送信可能化してはならない。」というものである。

²⁰ ちなみに、この視点自体は、前記〔11〕地裁判決も示唆していたところではあるといえよう。前掲注12参照。

²¹ なお、商標法に関するものではあるが、〔15〕大阪地判平成2年3月15日判時1359号128頁〈小僧寿し事件（大阪）〉は、フランチャイジーが商標権侵害をした場合において、その指導をしているフランチャイザーを被告として、フランチャイジーに商標権侵害をさせないように求める請求について、当該フランチャイザーは、フランチャイジーの商号、商標の使用に関し指導、監督し得る法的地位を有しており、実際にも、当該フランチャイザーは、フランチャイザーとして、各フランチャイジーに対し店舗店頭の正面看板等の表示の仕方について指導していることに鑑みると、当該フランチャイザーには、フランチャイジーをして、商標権侵害をさせないようにする義務があるとして、上記請求を認めている。〔16〕高知地判平成4年3月23日判タ789号226頁〈小僧寿し事件（高知）〉も、同種の事案につき、基本的に同様の理由から、当該フランチャイザーには、フランチャイジーをして、商標権侵害をしないように指導する義務があるとして、上記と同様の請求を認めている。

²² 〔18〕東京高判平成16年3月31日判時1864号158頁〈DEAD OR ALIVE 事件控訴審判決〉も、上記〔17〕最判を引用して、専らゲームソフトの改変のみを目的とする編集ツールプログラム収録したCD-ROMを販売し、他人の使用を意図して流通に置いた者は、他人の使用により、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、ゲームソフトの

のではあるが、前記の〔2〕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（ビデオメイツ事件）〉は、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、同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と判示して、カラオケ装置のリース業者に対する損害賠償請求権を肯定している。

ちなみに、〔20〕東京地判平成12年5月16日判時1751号149頁〈スターデジオ②事件〉は、被告（通信衛星を利用したデジタル放送サービス「スカイパーフェクトTV」の中で音楽を中心としたラジオ番組「スターデジオ100」を運営する会社）が受信者を自己の手足として利用して、音源の物理的な録音行為を行わせている旨の主張について、「一般に、ある行為の直接的な行為主体でない者であっても、その者が、当該行為の直接的な行為主体を『自己の手足として利用して右行為を行わせている』と評価し得る程度に、その行為を管理・支配しているという関係が認められる場合には、その直接的な行為主体でない者を当該行為の実質的な行為主体であると法的に評価し、当該行為についての責任を負担させることも認め得る」との一般論を示した上で、当該事案への当てはめについては、「被告が受信者を自己の手足として利用して本件各音源のMDへの録音を行わせていると評価し得る程度に、被告が受信者による録音行為を管理・支配している関係が認められないことは明らかである」として²³、これを否定している²⁴。ここでは、上記のようないわゆる「手足理論」とい

著作者に対し、不法行為に基づく損害賠償責任を負うと判示している（〔19〕東京地判平成14年8月30日判時1808号111頁〈DEAD OR ALIVE事件第一審判決〉も同旨）。

²³ 「被告が本件番組において本件各音源を送信しこれを受信者がMDに録音する場合における、被告と受信者との間の関係をみると、被告と受信者との間には、被告がその送信に係る本件番組の受信を受信者に許諾し、これに対して受信者が一定の受信料を支払うという契約関係が存するのみで、受信された音源の録音に関しては何らの合意もなく、受信者が録音を行うか否かは、専ら当該受信者がその自由意思に基づいて決定し、自ら任意に録音のための機器を準備した上で行われるものであって、被告が受信者の右決定をコントロールし得るものではないこと」を理由とする。

²⁴ なお、上記〔20〕と同日の〔21〕東京地判平成12年5月16日判時1751号128頁〈スターデジオ①事件〉では、本文上記の②事件（被告自身の行為が複製権を侵害するものとの主張がなされている）とは異なり、複製行為の主体を個々の受信者とした上で、被告の行為がその教唆・幫助に当たることを理由に複製権を侵害するとの主張がなされているが、番組の個々の受信者による音楽のMDへの録音が、一般的に、その目的・態様において、著作

う、著作権法に限られない一般性のある理論の適用が問題となっている点で、前記(1)のような著作権法に特有ともいふべきカラオケ法理が問題とされているものとは異なることに注意を要しよう。

権法30条1項の規定に当たると認め、違法な複製とはいえないとして、上記の主張は、その前提を欠くものであるとして排斥している。

ちなみに、特許法の間接侵害に関する事案についてであるが、〔22〕大阪地判平成12年10月24日判タ1081号241頁〈製パン器事件〉は、直接侵害者（一般家庭での使用者）の行為で、「業として」（特許法68条）の要件を満たさないために、（直接）侵害行為を構成しない場合についても、特許法が「特許権の効力の及ぶ範囲を『業として』行うものに限定したのは、個人的家庭的な実施にすぎないものにまで特許権の効力を及ぼすことは、産業の発達に寄与することという特許法の目的からして不必要に強力な規制であって、社会の実情に照らしてゆきすぎである」という政策的な理由に基づくものであるにすぎず、一般家庭において特許発明が実施されることに伴う市場機会をおよそ特許権者が享受すべきではないという趣旨に出るものではないと解される。そうすると、一般家庭において使用される物の製造、譲渡等（もちろんこれは業として行われるものである）に対して特許権の効力を及ぼすことは、特許権の効力の不当な拡張であるとはいえず、かえって、上記のような政策的考慮によって特許権の効力を制限した反面として、特許権の効力の実効性を確保するために強く求められるものともいえる。したがって、『その発明の実施にのみ使用する物』における『実施』は、一般家庭におけるものも含まれると解するのが相当であり、このように解することは、特許法2条3項の『実施』自体の意義には一般家庭におけるものも含まれると解されること（一般家庭における方法の発明の使用が特許権の効力に含まれないのは、『実施』に当たらないからではなく『業として』に当たらないからである。）とも整合する。よって、権利2の対象被告製品のうち、日本国内で販売されるものの製造、販売は、特許法101条2号によって侵害とみなされる。」と判示して、間接侵害（特許法101条）の成立の余地を肯定している（なお、上記の特許法101条の号の号数は、平成14年改正前のものである点に注意）。ちなみに、〔22〕の判例タイムズの匿名のコメントでは、「非権利者の製造、販売した物を使用する行為が直接侵害を構成しない場合に、間接侵害を構成するのかわという問題については、その直接侵害を構成しない趣旨にさかのぼって検討する必要があると解するのが多数説であると考えられ」としている。

3. 外国法からのアプローチ

(1) ドイツ法

ドイツ著作権法には、同法97条に差止及び停止請求権並びに損害賠償請求権に関する規定が定められている。

同条1項の規定によれば、作者の権利その他のドイツ著作権法上の権利を違法に侵害された者は、加害者に対して、侵害の排除を、反復のおそれがあるときは停止を請求することができるとともに、加害者に故意又は過失があるときは損害賠償を請求できるとされている。

そして、著作権法上の権利侵害について責任を負うのは、権利侵害を自ら行う者か、又はこれに関与する者でその行為と権利侵害との間に相当因果関係が存在する場合であると解するのが一般的である。

もっとも、こうした責任が第三者に過度に拡大しないように、同条に基づく責任が肯定されるためには一定の義務違反があったことが前提とされており、最近の判例においても、停止請求を否定して被告適格を限界づけたものが見受けられる。

以下、概観する。

① ドイツ著作権法

ドイツの旧著作権法²⁵においては、そもそも差止請求権に関する明文の規定が存在しなかった²⁶。そのため、著作権に基づく差止請求は、ドイツ民法（BGB）1004条の類推適用によって根拠づけられていた²⁷。

その後、1965年に全面改正された現行ドイツ著作権法においては、停止請求及び除去請求に関する明文の規定（97条）が設けられた。これは、それまで判例が認めてきたドイツ民法1004条の類推適用を明文化したものと説明されている²⁸。そのため、現行法の下においては、著作権侵害に対する差止請求の根拠条文としてドイツ民法1004条が類推適

²⁵ ドイツ旧著作権法とは、1901年の「文学的および音楽的著作物の著作権に関する法律」（LUG）、および1907年の「造形美術および写真著作物の著作権に関する法律」（KUG）を指す。

²⁶ もっとも、「違法に作成または頒布された物およびもっぱら違法な複製の用に供された装置の廃棄」については規定が存在した（LUG 42、46条）。これは、現行ドイツ著作権法98条に相当するものといえよう。

²⁷ *Erich Schulze, Kommentar zum LUG und KUG, 1961, S.6; BGH 18.5.1955, BGHZ 17,266, "Grundig-Reporter".*

²⁸ *Amtliche Begründung zum Regierungsentwurf, DB-Drs. IV/270, 1962, S.103*

用されることは基本的にない。

ドイツ著作権法 97 条 1 項 1 文は、「著作権又はこの法律によって保護を受けるその他の権利を違法に侵害する者に対して、被害者は、侵害の排除（Beseitigung）を、反復のおそれがあるときは停止（Unterlassung）を、加害者に故意または過失があるときは損害賠償をも、請求することができる」と規定されている²⁹。

本条により、停止請求及び排除請求並びに損害賠償請求等が認められることになる。そして、損害賠償請求については故意又は過失が必要となるが、停止請求及び排除請求については故意又は過失が不要である。他方、予防請求（vorbeugende Unterlassungsanspruch）については明文の規定がないが、具体的に差し迫った侵害のおそれがあれば認められるものと解されている³⁰。

この場合、被害者は、加害者の占有又は所有する、違法に製作・頒布等されたすべての複製物を廃棄すること（ドイツ著作権法 98 条 1 項）、あるいは、相当なる報酬と引換えに自己に引き渡すことを求めることができる（同条 2 項）。

この権利侵害が、企業の被用者等によって行われる場合、被害者は企業主に対しても、ドイツ著作権法 97 条から 99 条の規定に基づく請求権を有するものと規定されており（ドイツ著作権法 100 条）、損害賠償請求以外の請求を行うことができる。

ただ、例外として、権利侵害があるという場合であっても、ドイツ著作権法 97 条から 99 条によって責任を負う侵害者が、故意も過失もなく行為を行ったという場合であって、これらの請求権の行使によってこの者に著しく大きな損害の生ずるおそれがあり、かつ、被害者には金銭による満足が期待されるときは、侵害者は、被害者に金銭賠償することにより、これらの請求権を回避することができるものと定められている（ドイツ著作権法 101 条）。この限りでは、差止請求が否定され、損害賠償請求のみが肯定されることになろう。

²⁹ なお、わが国において、ドイツ著作権法 69 f 条が、いわゆる「間接侵害」に関する規定として参照されることもあるが、これには留保が必要である。たしかに、ドイツ著作権法 98 条〔複製物の廃棄又は引渡を目的とする請求権〕や 99 条〔装置の廃棄又は引渡を目的とする請求権〕においては、請求の相手方である所有者又は占有者が同時に加害者である場合に限られており、加害者ではない所有者又は占有者に対しては請求できないのに対して、69 f 条 1 項は、「所有者又は占有者に対して」と規定されており、所有者又は占有者が同時に「加害者」でない場合も含まれる点で大きな意味を持つといえよう。しかし、本条の規定は、ドイツ著作権法のうち「第 8 節 コンピュータ・プログラムの特則」の中に設けられているのであり、あくまでコンピュータ・プログラムに関する規定であることに注意が必要であろう。

³⁰ *Schricker-Wild, Urheberrecht Kommentar, 2 Aufl. 1999, §97 Rn.43.*

さて、ドイツ著作権法 97 条に基づく請求が認められるためには、著作権法に規定されている絶対権の侵害があることが前提となる。そうした権利侵害があるかどうかは、権利に関するそれぞれの規定によって決まる。また、権利制限規定に該当する場合や権利者が許諾を与えている場合も侵害とはならない。

そして、同条の請求を受ける主体は、自ら権利侵害を行う者か、又はこれに関与する者で当該行為と権利侵害との間に相当因果関係 (*ein adäquater Kausalzusammenhang*) が存在するような場合であるとするのが一般的である³¹。そこでは、その者が複数の原因の一つをもたらしたというだけで足りるが、その因果関係が経験則上蓋然性を有しない (*unwahrscheinlich*) 場合はこの限りでない³²とされる。

例えば、著者が剽窃作品を出版者に送り、その出版社が印刷社にこれを印刷させた場合、複製権及び頒布権の侵害について責任を負うのは、出版社、印刷社、著者である。

また、公演について組織的・財政的に責任を負う主催者が、権利管理団体から必要な許諾を得ることを怠った場合も侵害者とされる。

その上で、違法に複製された楽譜がコンサートで用いられたという事案で³³、その楽譜が演奏家自身によって持ち込まれたものであることを理由に、公演主催者の責任が否定されたものがある (BGH 16.6.1971, GRUR 1972,141,“Konzertveranstalter“)

他方、単にコンサートホールを貸与したにとどまらず、新聞に宣伝広告を掲載した上、会場の開閉、入場券の販売、客の携行品の保管、客への飲料の提供など、公演のためにさまざまな追加的給付を行ったことを理由に、違法な演奏について共同行為者とされたものがある (OLG München 21.9.1978, GRUR 1979,152,“Transvestiten-Show“)

このように、ドイツ著作権法 97 条の責任を負う者の範囲は広く、停止及び除去請求に関しては、単なる妨害者 (*Störer*) ——すなわち、何らかの方法で意図的に (*willentlich*) かつ相当因果関係をもって (*adäquat kausal*) 著作権法上の権利侵害に関与し、その防止に法的な可能性を有し

³¹ *Schricker-Wild*, Urheberrecht Kommentar, 2 Aufl. 1999, §97 Rn.35;
Wandtke-Bullinger-v. Wolff, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2 Aufl. 2006, §97 Rn.13;
Heimo Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 3 Aufl. 2005, Rn.682;
Dreier-Schulze-Dreier, Kommentar, 2004, §97 Rn.23.

³² *Schricker-Wild*, Urheberrecht Kommentar, 2 Aufl. 1999, §97 Rn.35;
Wandtke-Bullinger-v. Wolff, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2 Aufl. 2006, §97 Rn.13.
すでに旧法下の判例において同旨 (BGH 29.5.1964, BGHZ 42,118,“Personalausweise“)

³³ ドイツ著作権法 96 条 1 項は、違法に作成された複製物は、頒布し、又は公の再生のために利用することができないと規定している。

ている者——も含まれるとされる³⁴。

もつとも、自ら権利侵害を行っているわけではない者の責任が過度に拡大することのないように、妨害者として責任を負うのは、競争法に関する判例（BGH 10.10.1996, GRUR 1997,313,“Architektenwettbewerb“）にしたがって、著作権法においても、「調査義務」（Prüfungspflicht）に違反した場合に限られるとされており、妨害者責任を問われた者は、他人による権利侵害について調査する義務に違反していなかったことを抗弁として主張できるとされている（BGH15.10.1998, GRUR1999, 418,“Möbelklassiker”）³⁵。

実際のところ、新聞広告に著作権を侵害する家具の宣伝広告が掲載されたという事案において、著作権法 9 7 条 1 項 1 文に基づく妨害者責任が肯定されるためには調査義務の違反が前提となるとした上で、新聞社の日常の仕事を過度に阻害しないために、新聞社には一般的ないし包括的な調査義務はなく、新聞社が責任を負うのは、重大で、かつ容易に認識可能な違反が存在する場合に限られるとした判例がある（BGH 15.10.1998, GRUR 1999,418,“Möbelklassiker”）³⁶。

なお、ドイツ著作権法における刑事罰については、ドイツ著作権法 1 0 6 条 1 項において、「法律上許される場合のほか、権利者の同意を得ることなく、著作物または著作物の翻案物もしくは変形物を複製し、頒布し、または公に再生する者は、3 年以下の自由刑または罰金刑に処する」と規定されている。

ここで、正犯と共犯の区別についてはドイツ刑法 2 5 条以下の一般原則にしたがうものとされている。例えば、著作権侵害に当たる書籍出版においては、出版社、印刷者、製本屋が、複製について共同行為者（Mittäter）とされ、出版社、中間流通業者、本屋は、原則として頒布について共同行為者であるとされるが、逆に、単なる購入者は、必要とされる程度の関与をしているとは言えないため刑事罰の対象にならないとされる³⁷。

なお、著作権法 1 0 6 条には故意要件が設けられていないが、ドイツ刑法 1 5 条により、故意犯のみが刑罰の対象となる。

³⁴ *Schricker-Wild*, Urheberrecht Kommentar, 2 Aufl. 1999, §97 Rn.36;

Wandtke-Bullinger-v. Wolff, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2 Aufl. 2006, §97 Rn.13.

³⁵ その後も商標権侵害に関する判例が続いている（BGH17.5.2001,GRUR2001,1038,“ambiente.de“）。

³⁶ その後も議論がある（*Maximilian Haedicke*, Die Haftung für mittelbare Urheber- und Wettbewerbsrechtsverletzungen. –Zugleich eine Besprechung von BGH v. 15.10.1998-Möbelklasiker-, GRUR 1999,397, usw.）。

³⁷ *Schricker-Haß*, Urheberrecht Kommentar, 2 Aufl. 1999, §106 Rn.15.

② テレサービス法 (TDG)

他方、ドイツにおいて、プロバイダの責任について大きな役割を果たしているのが、1997年7月22日の「テレサービスの利用に関する法律」(Gesetz über die Nutzung von Telediensten) 略して「テレサービス法」(Teledienstgesetz: TDG) である³⁸。

TDGにおいて、サービスプロバイダ(Diensteanbieter)は、利用に供している第三者の表現内容につき、当該内容を知っており、その利用を防止することが技術的に可能であり、かつ期待可能である場合に限り責任を負うと規定されている(改正前TDG 5条2項)³⁹。

もともと、この規定は、著作権及び著作隣接権の侵害事件には適用されないとする裁判例が最近出されている(OLG München 8.3.2001, GRUR 2001,499, “MIDI-Files“; LG Hamburg 26.3.2001, CR 2001,477, “Napster“)。

このTDGは、2001年12月14日に改正されて現在に至っている(2001年12月21日施行)⁴⁰。この改正によりTDGは、かつて6箇条であったものが12箇条に拡大するとともに、全体の構成も、第1章「総則」、第2章「アクセスの自由と情報義務」、第3章「責任」、第4章「料料規定」となるなど、形式的には大きく変化した。

このうち、改正前TDG 5条2項に相当する規定である改正後TDG 11条によれば、いわゆるホスティングをするサービスプロバイダは、利用者のために蓄積している他人の情報について、①プロバイダが、違法な行為又は情報について知らないこと、かつ損害賠償請求については、当該違法な行為若しくは情報を推知させる事実又は状況を認識していないこと、②プロバイダが、かかる事情を知ったとき若しくは認識したときは、遅滞なく当該情報を削除し、又はそれへのアクセスを無効化することを条件として、責任を負わないものと定められている。

また、改正後TDG 8条は一般原則を定めており、サービスプロバイダには一般的な監視義務がなく(同条2項1文)、情報の削除又は送信防止

³⁸ Gerald Spindler, TDG · Teledienstgesetz, Teledienststedatenschutzgesetz, Signaturgesetz, 2004.

³⁹ 鈴木秀美「ドイツ・マルチメディア法制におけるプロバイダの責任—法的規制と自主規制—」広島法学23巻2号127頁(1999年)も参照。

⁴⁰ 米丸恒治「情報サービスおよび通信サービスの大綱条件の規制のための法律—いわゆるマルチメディア法」『情報ネットワークの法律実務』(第一法規、加除式、2002年)7302頁以下参照。

に関する一般の法律に基づく義務は、9条から11条までの規定に基づきサービスプロバイダの責任が否定される場合においても残ると規定されている（同項2文）。

判例においても、一般に、11条1項の免責規定は停止請求（Unterlassungsanspruch）には及ばないとされている（BGH 11.3.2004, GRUR 2004,860, “Internet-Versteigerung”）。実際のところ、他人のMP3コンテンツにリンクを提供するプラットフォーム事業者が、リンクを削除することによって他人の権利侵害を阻止する可能性を有していることを理由に、妨害者として停止請求を受けるものとされた裁判例がある（LG Berlin, 14.6.2005, MMR 2005,718）。

③ ドイツ民法

ドイツ民法においては、1004条が、妨害除去請求権及び停止請求権を規定している。これは、占有の侵奪・抑留以外の方法による所有権侵害に対して与えられる救済手段であり、所有権の消極的効果の貫徹に奉仕するための制度とされる。

ここでは、妨害者の故意過失は要件でないという点で、不法行為における過失責任主義（ドイツ民法823条、826条）と対照的である。もともと、1004条2項は、「前項の請求権は、所有者が受忍義務を負う場合には、排除される」と規定しており、受忍義務が肯定される場合には、いずれの請求権も排除される。

その保護法益は、明文上定められている所有権にとどまらず、絶対権、一般的人格権、さらには不法行為法上保護される法益一般へと拡大的に解釈されている。

ここにいう「侵害」（Beeinträchtigung）とは、「人間の行態」（*menschliches Verhalten*）に基づくものとされる⁴¹。そのため、単なる自然力の作用によるものは原則として含まない（例：落石、突風による倒木、雨水の溢出、害虫被害）。例えば、隣接地の庭から飛来した害虫によって自己所有地上のからまつが被害を受けたとしても、庭の所有者に対して、害虫の進入を阻止する措置をとるよう請求することはできないとした判例がある（BGH 7.7.1995, NJW 1995,2633）。また、積極的な行為又は義務違反の不作为により妨害を惹起したことが必要となるものと解され

⁴¹ *Kurt Rebmann usw. (hrsg.)-Dieter Medicus, Münchener Kommentar zum BGB, Band 6, 4 Aufl. 2004, §1004 Rn 22.*

ている。例えば、境界線から一定の距離を保つように定める州法の規定に違反して木を生育させる所有者は、その木から落下した葉や花等による隣接地へのイミシオンについて妨害者であるとされた判例がある（BGH 14.11.2003, BGHZ 157,33）。

そして、請求の相手方である「妨害者」（Störer）としては、行為妨害者（Handlungsstörer）（自己の行態・意思活動によって所有権侵害を相当に惹起したことに基づく責任）と状態妨害者（Zustandsstörer）（妨害源である物につき所有権・占有権・処分権限を有することに基づく責任）の両者が含まれる⁴²。

このうち、行為妨害者には、直接妨害者（自己の作為・不作為によって自ら侵害を惹起した者）（例：他人の私有地上の無断通行，家庭排水の隣接地への垂れ流し，投石による窓ガラス破壊）のみならず，間接妨害者（第三者の行為によって侵害を相当に惹起した者）が含まれ得る。ここで，間接妨害者（mittelbarer Störer）としては，例えば，賃借人の妨害行為に対する賃貸人又は被用者の行為に対する使用者の責任が問題となる。実際のところ，テニスコート設備を保有するスポーツクラブが，テニスのプレイ中に発生する騒音による隣接地所有者への被害に対する「妨害者」として，プレイの時間帯を曜日ごとに制限するように命じられた裁判例（OLG Celle 14.4.1987, NJW 1988,424），自社の宣伝を広告会社に委託した日用品販売業者は，広告会社が原告の意思に反してその郵便箱へ宣伝ビラを投入したことに関する「間接妨害者」として，広告会社に対して，将来の侵害を防止するために適切な措置を取る義務があるとされた判例（BGH 20.12.1988, BGHZ 106,229），あるいは，駅近辺の商用区域内にある薬物中毒救援センターに隣接する土地の所有者が，自己の所有地上に麻薬中毒者や売人がたむろし，血液，汚物，使用済みの注射器などを土地に撒き散らし，居住者や訪問者の土地への立入りを実質的に妨害しているとして，センターとその敷地所有者（賃貸人）を「間接妨害者」として訴えた事例で，主位的請求であるセンターの営業停止は同センターが果たしている公共の利益に鑑みて棄却されたものの，公用徴収における損失補償の諸原則にしたがい，原告らの所有地の価値（賃貸可能性）の減少に対して，金銭による補償を請求することは認められた判例（BGH 7.4.2000, NJW 2000,2901）などがある。

次に，状態妨害者は，例えば，木の根が越境して隣接地の所有権を侵害

⁴² Kurt Rebmann usw.(hrsg.)-Dieter Medicus, Münchener Kommentar zum BGB, Band 6, 4 Aufl. 2004, §1004 Rn 38 ff.

する場合の地盤の所有者をいう。もっとも、単に所有者、占有者、処分権限保有者であるというだけで責任を根拠付けることはできず、侵害が少なくとも間接的にその意思に帰せしめられなければならないとされている。例えば、危険な状態を自ら作出したという場合（例：家屋内に存在する電気配線及び電気設備の技術的な欠陥により発火し、隣接地に多大な損害を与えた家の所有者）や、第三者により作出された危険な状態を保持していることが問題となる。実際のところ、有害な液体が自分の知らない間に第三者によって被告の支配する空間内に持ちこまれ、そこから流出した場合、被告はこれと結びついた原告の土地所有権に対する危険を回避できる状態にはなく、「状態妨害者」としての責任を負わないとされた判例もある（BGH 4.2.2005, NJW 2005, 1366）。

なお、ドイツ民法における不法行為の効果は、原則として原状回復義務とされている（ドイツ民法249条）。その上で、原状回復が可能でなく、または債権者に対する賠償として十分でない場合や、原状回復に過分の費用がかかる場合などにおいては、例外的に、金銭賠償が認められるものとされている（ドイツ民法251条）。

④ ドイツ特許法

ドイツ特許法においては、ドイツ著作権法に比べると明確な規定が見られる。すなわち、特許権の効力を定めた9条に加えて、10条が特許権のさらなる効力を規定しているのである。

この規定が特許の間接侵害を定めているものといえることができる（詳しくは、本報告書5.に譲る）。

(2) フランス法

① 著作権侵害に関する規定

フランス著作権法上、著作権侵害に関する規定は、第3編「著作権、隣接権及びデータベース製作者の権利に関する一般規則」第3章「訴訟手続及び制裁」に定められている。

第3章「訴訟手続及び制裁」には、第1節「一般規則」は、管轄と当事者適格に関して定めている。第2節「侵害物の差押え」(*saisie-contrefaçon*)は、著作権侵害に関する証拠収集と侵害行為を暫定的に中止させることを目的とした特別な手続きを定める。第3節「差止め」は、著作権使用料が、扶助料の性質をもつことに着目した規定であり、ほぼ死文化しているといってもよいようである。第4節「追及権」は、追及権の規定に違反した場合の規定である。第5節は、「罰則」を定める。

したがって、フランス著作権法上、著作権侵害に対する救済措置である差止めおよび損害賠償に関しては、何ら規定されていない。間接侵害に関する明文規定も存在しない。しかし、明文規定が存在しないことは、間接侵害に対する救済を否定するものではないとされる。そこで、フランス著作権法が間接侵害に対していかなる救済を行っているかは、知的財産権に関する一般論を明らかにした上で、知的財産権侵害に基づく差押え (*saisie-contrefaçon*) の明文規定を含む著作権侵害に対する救済を裁判例に即して検討しなければならない。

② 知的財産権に関する一般論

ア. 知的財産権の法的性質

知的所有権の性質に関しては、所有権と解するのが通説である。所有権は、対物権ないし物権 (*le droit réel*) であり、対人権ないし債権 (*le droit personnel*) と対比される。債権と異なり、物権は、絶対性がある。すなわち、権利者は、他のすべての者に対して対抗できる。他のすべての第三者は、権利者がその所有物に対して権利を行使できるままにしなければならない。さらに、物権は、追及権を持つ。すなわち、権利者は、物が他人の手に渡ろうとそれを追跡することができる。

著作権については、著作者人格権の面については人格的権利と捉えられ、

所有権と人格的権利の二面性を持った権利と解されている。著作権の性質は、知的財産法典 111-1 条 1 項に定められている。「精神の著作物の著作者は、その著作物に関して、自己が創作したという事実のみにより、排他的ですべての者に対抗しうる無形の所有権を享有する。」権利が排他的で、すべての者に対抗し得るといふ著作権の物権的性格は当該規定に明記されている。

イ. 知的財産権侵害訴訟 (action en contrefaçon)

特許権・著作権・商標権などの知的財産権侵害訴訟は、action en contrefaçon と呼ばれる。

Contrefaçon とは、知的財産権（排他的権利）の侵害である。排他的権利である知的財産権は、action en contrefaçon の提起が可能であるが、そうでない無体財産権（たとえば、商号、ノウハウの侵害を理由とする訴え）は、不法行為に基づく訴訟である action en responsabilité civile により保護される。（※Paris 控訴院第 4 民事部 13/6/88 禁止権がなければ、action en contrefaçon は提起できない）。たとえば、著作権侵害に基づく訴訟は、action en contrefaçon であるが、不正競争に基づく訴訟は、action en responsabilité civile である。action en contrefaçon は、対物訴訟（action réelle）であり、action en responsabilité civile は、対人訴訟（action personnelle）である。なお、対物訴訟とは物権に関する訴訟であり、対人訴訟とは債権に関する訴訟であると定義されており、両者の区別は、結局、実体法における物権と債権の区別に従った性質の違いに帰すことになる。

action en contrefaçon は、刑事訴訟における知的財産権侵害訴訟・民事訴訟における知的財産権侵害訴訟の両者の意味において用いられる。民事上の責任を追及する場合、刑事訴訟において付帯私訴（action civile）を提起することも可能であるし、刑事訴訟から独立して、民事訴訟を提起することも可能である。知的財産権侵害訴訟による民事的制裁は、違法行為の継続の禁止と損害賠償という 2 つの面を持つ。知的財産権侵害訴訟は、禁止権を行使する部分については、対物訴訟の性格を有するが、そこで損害賠償を請求する場合には、不法行為責任の規定が適用され、その部分について対人訴訟の性格を有する。排他的権利でない無体財産権（不正競争・商号など）は、対人訴訟である。

ウ．民法上の不法行為

不法行為責任（*responsabilité civile délictuelle*）の発生要件は，責任の発生原因となる所為，損害，発生原因となる所為と損害の因果関係である。不法行為責任は，本人の所為による責任（*responsabilité du fait personnel*），他人の所為による責任（*responsabilité du fait d'autrui*），物の所為による責任（*responsabilité du fait des choses*）に分類されている。

（ア）帰責性（*faute*）

不法行為に基づく責任を基礎付けるものは，故意・過失のある所為であるしたがって，原則として過失理論（*théorie de la faute*）に基づく。故意・過失とは，為してはならないことを為し，または為すべきことを為さなかったことをいい，通常人の注意を基準にして評価される。所為には，意図的な所為（*une faute intentionnelle*）＝故意に基づく所為（*les délits*）と意図的でない所為（*une faute non intentionnelle*）＝過失に基づく所為（*les quasi - délits*）がある。フランス民法1382条は，「他人に損害を生じさせる人の所為はいかなるものであっても，非行（*faute*）によってそれをもたらした者に，それを賠償する義務を負わせる。」と定める⁴³。フランス民法1383条は，「各人はその所為によってばかりでなく，その怠慢または軽率によって生じさせた損害についても責任を負う。」⁴⁴と定めるが，これは過失についても責任を負うことの確認的規定である。民法1383条の *négligence* とは，怠慢・懈怠を意味し，為すべきことを怠った故意によらない *faute* と定義されている。*imprudence* は，軽率を意味し，同じく故意によらない *faute* である。

この伝統的な主観的責任論（*responsabilité subjective*）に対して，産業革命後の環境の変化による事故原因の特定の困難や損害の補償の必要から，客観的責任論（*responsabilité objective*）が提唱されるようになった。危険理論（*théorie du risque*）は，利益に基づく責任または生じさせた危険に基づく責任を提唱する。なお，1384条以下の規定が，過失責任論に基づくものか，危険理論に基づくものかは，論者により異なる。

⁴³ Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

⁴⁴ Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

(イ) 損害

損害は、物的損害 (*dommage matériel*) と精神的損害 (*dommage moral*) に分類される。物的損害には、財産の喪失のほか、得べかりし利益も含まれる。精神的損害は、肉体的苦痛、精神的苦痛、プライバシーや名誉に対する侵害など、さまざまである。

(ウ) 損害の回復

損害回復の方法は、現物賠償 (*réparation en nature*) と等価賠償 (*réparation par équivalent*) の2つがある。現物賠償の方法には、さまざまなものがあり、侵害行為の禁止、侵害物の除去、同等の財産の提供、判決の公示などがある。しかし、現物賠償が必ずしも機能するわけではないので、等価賠償すなわち損害賠償が損害回復方法として一般的である。損害額については、全額賠償 (*réparation intégrale*) を原則とする。

③著作権侵害に対する救済

ア. 刑事上の制裁をうける侵害行為

知的財産権（著作権）侵害行為 (*contrefaçon*) には、単純な知的財産権侵害行為 (*contrefaçon simple*) と知的財産権侵害行為と同視される違法行為 (*délits assimilés à la contrefaçon*) とがある。

単純な知的財産権（著作権）侵害行為は、335-2条および335-3条に規定される。すなわち、出版、複製、上演・演奏、頒布がこれに該当する。すべての知的財産権侵害行為は軽罪である。335-2条と335-3条の軽罪は、故意による違反である。しかし、判例は侵害者に対して悪意の推定を行う（※破毀院刑事部 1/2/1912）。ここで侵害者とは、違法な複製を行った者や違法な上演を行った者などの実体的行為を行った者を指し、製造者や印刷者も含む。なお、これに関与する者は、共犯としてしか処罰されないから、悪意の推定は受けない。したがって、例えば、発注者が共犯となりうるには、悪意であることを証明される必要がある。

知的財産権（著作権）侵害行為と同視される違法行為は、侵害著作物の小売と輸出入である（335-2条3項）。小売は、侵害品の公衆への提

供と定義されている。たとえば、本屋などによる販売やそのための公衆への提示などがこれに該当する。違法な複製に関与しているかどうかは問わない（※デュポン事件破毀院刑事部 27/5/86）。悪意の推定は、単純な侵害行為を行う者に対しては働くが、小売業者や輸出入業者には働かないとされる（※破毀院刑事部 28/2/91, 破毀院刑事部 24/2/93）。

イ. 直接侵害に対する民事上の制裁

いかなる行為が民事上の制裁を受ける侵害行為に該当するかについて、著作権法上、明文の規定はない。この点に関しては、刑事制裁を受ける侵害行為と明確に区別されて論じられていないきらいがある。付帯私訴の制度が存在することから考えれば、刑事制裁を受ける侵害行為は、当然に民事上の制裁の対象となると思われる。

すなわち、「著作者の所有権に関する法律および規則に違反する文書、楽曲、素描もしくは絵画のいずれの出版またはその他の全体的もしくは部分的に印刷され、もしくは印刻されたいずれの複製」（335-2条1項⁴⁵）、「侵害著作物の小売、輸出及び輸入」（同条2項, 3項⁴⁶）、「法律に定義されおよび規定されている著作者の権利を侵害する精神の著作物のいずれの複製、上演・演奏または頒布」（335-3条1項⁴⁷）および「122-6条に定められるソフトウェアの著作者の権利の一の侵害」（同条2項）が、民事上の制裁を受ける直接侵害行為に該当する。

侵害行為に対する民事上の制裁には、侵害行為の差止めと損害賠償がある。

（ア）侵害行為の差止め

侵害行為の差止めには、不法行為責任の要件である帰責性（faute）は不要である。物権的請求は、不法行為責任を基礎とするものではないので、帰責性（faute）の存否は問題とならない。判例も知的財産権侵害が成立す

⁴⁵ 「著作者の所有権に関する法律および規則に違反する文書、楽曲、素描もしくは絵画のいずれの出版またはその他の全体的もしくは部分的に印刷され、もしくは印刻されたいずれの複製も、侵害となる。また、いずれの侵害も、罪となる。」

⁴⁶ 「フランス又は外国において発行された著作物のフランスにおける侵害は、2年の禁錮及び100万フランの罰金に処せられる。」（2項）。「侵害著作物の小売、輸出及び輸入も、同一の刑に処せられる。」（3項）

⁴⁷ 「法律に定義されおよび規定されている著作者の権利を侵害する精神の著作物のいずれの複製、上演・演奏または頒布も、その方法如何をとわず、侵害の罪となる。」

る場合には、過失の存在や悪意の有無を問題にしなくてもよいとする（※破毀院民事部 29/5/2001, 「知的財産権侵害は、すべての *faute* または悪意と独立して、それに結びつけられた所有権を侵害する複製、上演・演奏、または利用によって特徴づけられる」）。

（イ）損害賠償

知的財産権侵害訴訟のうち、損害賠償請求は、不法行為責任訴訟（*action en responsabilité civile*）に基礎を置くと考えられている。したがって、帰責性（*faute*）が必要であるが、知的財産権侵害は、それ自体が民事上の帰責性（*faute*）を構成するので、侵害行為があれば、善意であっても、損害賠償を求めることができる。

ウ．知的財産権侵害に基づく差押え（*saisie-contrefaçon*）

知的所有権侵害に基づく差押え（*saisie-contrefaçon*）は、著作権のみならず、知的財産権侵害の場合に共通する手続きであり、知的財産権侵害に関する証拠を収集することと侵害行為を暫定的に中止させることを目的とする。

著作権法 332-1 条 2 項 1 号は製造の中止を、2 号は複製物、その収益の差押え、違法に用いられた物の差押えを、3 号はすべての複製、上演、頒布からくる収益の差押えを定めている。この規定に、2004 年 6 月 21 日法（LCEN）8 条によって、4 号⁴⁸が追加された。

4 号に基づく知的財産権侵害に基づく差押命令は、コンテンツを蓄積している者およびアクセスを提供しているものにも及ぶと考えられる。したがって、アクセスプロバイダやホスティングサービスプロバイダに対しても、差押命令は可能である。なお、本号が追加される前に、ホスティングサービスプロバイダに対し、アクセス不能とする知的財産権侵害に基づく差押命令を発したケースがある（後述の *Gandi* 事件）。

⁴⁸ 4° La suspension, par tout moyen, du contenu d'un service de communication au public en ligne portant atteinte à l'un des droits de l'auteur, y compris en ordonnant de cesser de stocker ce contenu ou, à défaut, de cesser d'en permettre l'accès. Dans ce cas, le délai prévu à l'article L. 332-2 est réduit à quinze jours

「4 号 著作権の一を侵害する回線における公衆への伝達サービスのコンテンツの、あらゆる方法による保留。当該コンテンツの蓄積の中止を命じること、またはそれができない場合、アクセスを中止することを含む。この場合、332-2 条に定める期間は、15 日に縮減する。」

エ. 間接侵害に対する民事上の制裁

(ア) 総論

著作権法上、間接侵害に関する明文規定はない。間接侵害に関する議論が高まっているのは、最近のことであり、ホスティングサービスプロバイダやアクセスプロバイダなど直接侵害を仲介している者 (*intermédiaires*) やピア・ツー・ピアソフトを提供する者などの道具提供者 (*fournisseurs de moyens*) に対して、侵害行為の停止や損害賠償を求めることは可能かという問題として議論されている。

明文規定がないことは、間接侵害に対する著作権法の適用を排除する趣旨ではない。知的財産法典には、知的財産権侵害を容易にする行為を対象とした規定はないが、裁判例によって道具提供行為も知的財産権侵害行為に該当すると解釈されている (*Gaubiac*)。その理論的な根拠は、著作権法 111-1 条に「排他的ですべての者に対抗しうる」と定められているところにある⁴⁹。古い裁判例では、実演家がカフェで演奏し演奏権を侵害した場合に、作詞家・作曲家がカフェの所有者を訴え、カフェの所有者に著作権料の支払いを命じた判決がある。このケースでは、カフェの所有者自身が演奏権を侵害したと考えられているようである (※1847年ころ、ただし詳細不明)。

(イ) コピーサービス業者のケース

a. 破毀院民事1部7/3/84Ranou-Graphie事件

本件は、コピーサービスオフィスが顧客にそのコピー機を使わせて複写を行わせていた事件である。破毀院は、操作を行う者が顧客であっても、複製を行う者はコピーサービス機器を提供するオフィスであるとし、私的複製の適用を否定し、当該オフィスの直接責任を肯定した。理由は、コピーサービスオフィスが機器を管理等していること、顧客がコピーをとることとオフィス側がコピーをとることを区別する理由はないこと、コピーは私的複製に向けられたものでなく、オフィス側は出版社と同じ利益を得ていることから、私的複製の例外を主張できないことである。

⁴⁹ A.Lucas, H.-J.Lucas, *TRAITE de la Propriété Littéraire et Artistique*, Litec 2^e éd.p608

b. Valance 大審裁判所 2/7/99 (刑事事件, 付帯私訴あり)

本件は、コピーサービスオフィスが顧客にそのコピー機を使わせソフトウェアを CD-ROM などの媒体に複製させ、または顧客の依頼により、コピー業者が、自ら複製をおこなっていた事件である。私的複製または保全コピーであり、その行為は合法であるとの主張に対し、裁判所は、コピー業者を1年の執行猶予つき懲役、50,0000フランの罰金、事業所の閉鎖などを言い渡した。付帯私訴では、損害賠償請求が認められている。本件では、顧客がコピーをしているか業者がコピーしているかは、コピーの実行方法の違いだけで経済的結果は同じであるということ、およびコピー業者は、自らが著作権者の許諾を得ていないことを認識しまたは許諾を得ていないか著作権料を支払っていない顧客に機器を使わせている事実を知っていることを理由として侵害を認めている。

c. まとめ

フランス法上、共犯は主犯に従属するため、コピーを実行する者の行う複製が私的コピー（またはプログラムの所有者による保全コピー）に該当する場合、共犯となる者は責任が否定されるという問題がある。コピー業者の事件では、顧客が直接コピーを取る場合にはコピー業者は道具提供者として共犯となり、業者がコピーを取る場合には正犯となるようにも思えるが、これらの事件では、コピー業者を直接侵害者であると捉えている。つまり、侵害行為は、複製行為または複製機器を用に供する行為である。いずれの事件においても、民事上の差止めは当然認められている。特に、CDのコピー業者の場合、犯罪行為と認定されているのであるから、犯罪行為の継続が認められることはあり得ない。損害賠償請求の可否については、帰責性 (faute) の有無が問題となる。知的財産権侵害では、侵害行為自体が帰責事由 (faute) となるので、損害賠償請求は当然認められる。

なお、コピーサービス提供者が直接侵害者と考える場合、コピーを依頼した者の地位が問題となる。コピーを依頼した側を間接侵害者とする見解 (Gaubiac) もある。

(ウ) インターネットのサーバー提供者のケース

a. Paris 大審裁判所 14/8/96 サルド事件⁵⁰

本件は、学生により、学校の学生用サーバー上のウェブページにおいて、音楽作品が許諾なくデジタル化され、インターネット上に送信可能化され、著作権者が侵害の停止などを求めて、学生および学校・教授を訴えた事件である。学校側は、召喚状の受領後直ちに、当該サイトをアクセス不能にした。そのため、侵害が停止していることを確認の上、本件は終了した。

b. Lyon 控訴院 22/6/2000

約款集（DB）の出版社が、当該DBがミニテルのサーバーに複製されているとして、作成した個人と、そのサービスの制作者兼提供者、ミニテルを運営するフランステレコム、フランステレコムのサーバーを運営し違法なコンテンツをホスティングしている Jet 社に対して、著作権侵害訴訟を提起した事件である。

控訴審は、作成した個人とサービスの制作者兼提供者の著作権侵害および不正競争行為を肯定したが、Jet 社については、制作者との契約で、その制作者が配信する情報についてはその制作者のみが責任を負うことが定められ、かつ、原告は、Jet 社が当該著作権侵害や不正競争行為に貢献したことはないし、損害も発生させていないとして、責任を否定した。フランステレコムについても、単に回線を機能させているだけで、配信されている情報に対して、そのコンテンツを管理する責任を負わないと判断し、責任を否定している。

c. Nanterres 大審裁判所 23/1/2002, 急速審理 Nanterres 大審裁判所 22/10/2001 Jean Ferrat 事件

作曲家兼実演家がサイト運営者とホスティングサービスプロバイダを相手方として、民法 1382 条および知的財産法典 121 条等に基づき、複製の禁止と損害賠償を求めて、訴訟を提起した事件である。権利者は、警告を発することなく、2000 年 10 月急速審理の召喚をしたが、ホス

⁵⁰ D 1996 p490 ; JCP1996 II 22727 ; RIDA1997/1

ティングサービスプロバイダは、召喚を受け、当該サイトを直ちに閉鎖していた。

裁判所は、ホスティングサービスプロバイダが運営者に対して、事前に権利者の許諾を得るよう注意を喚起していることや当該サイトを直ちに閉鎖していることから、ホスティングサービスプロバイダに課された監視および注意義務を怠った過失はなく、損害賠償責任はないと判断し、サイト運営者に対する損害賠償請求のみ認めた。

d. Paris 大審裁判所 13/2/2002 AFP 対 Magnitude 事件

従業員が、会社のサーバーに仕事と関係のない個人のサイトを開設し写真の著作権・著作者人格権を侵害していた場合、会社が責任を負うのか否かが問題となった事件である。

裁判所は、会社が、問題の写真の利用を直ちに終了するように警告し、その被用者が写真の利用を止めただけでなく、サイトの利用も止めているので、会社の不作為について立証がないとし、損害賠償責任を否定した。

e. Paris 大審裁判所 31/5/2002 Gandi 事件

音楽ファイル送信を行っているサイトをホスティングしていたサービスプロバイダに対して、332-1条2項4号⁵¹に基づき知的財産権侵害に基づく差押えを申し立てた事件である。

裁判所は、Gandi に対して、知的財産法122-4条、335-3条、331-1条2項、332-1条を適用し、①miditext と称するサイト内の編集者の同一性を識別することができる Gandi が有するすべての情報を申立人に伝達すること、②執行人が Gandi 内において侵害者を確定する目的ですべての調査を行うこと、③miditext のドメインネームを別の記憶装置ユニットで転送することを禁止すること、④問題となった侵害について判決がでるまで違法ファイルの提供を仮に保留することなどを命じた。

⁵¹「著作権の一を侵害する回線における公衆への伝達サービスのコンテンツの、あらゆる方法による保留。当該コンテンツの蓄積の中止を命じること、またはそれができない場合、アクセスを中止することを含む。この場合、332-2条に定める期間は、15日に縮減する。」

f. まとめ

以上のように，裁判（本訴・急速審理）となった場合，サーバー提供者らは，その時点で，送信停止措置をとっているので，裁判で差止めを命じられたものは見当たらない。ただし，⑤では，知的財産権侵害に基づく差押えの段階ですでにファイル提供を禁止している。また，損害賠償が肯定された例もないが，いずれも直ちに送信停止措置など必要な注意義務を尽くしているからであって，これらを怠り注意義務違反が認められれば，損害賠償が肯定されると考えられる。

(エ) その他のケース

a. Aix en Provence 控訴院 10/3/2004（ただし刑事事件）

ゲームソフトを違法にアップロードしているサイトに誘導するためのハイパーリンクを設けたケースについても，335-4条に基づき知的財産権侵害を構成すると判断した。この事件では，リンクを張った道具提供者は共犯であると判断されている。

b. Epinal 大審裁判所 24/10/2000（ただし刑事事件）

MP3形式によって提供されている違法な音楽ファイルを提供するサイトにアクセスするハイパーリンクを設けることは，知的財産権侵害行為であると判断された。

c. 破毀院商事部 27/2/96

侵害品を選択して参照できるようにする行為は，その販売のために重要な役割を演じるとして，知的財産侵害行為であるとした裁判例である。

d. まとめ

これらのハイパーリンクを張った事件はいずれも刑事事件であるが，民事事件であったとしても同じ結論になったであろうといわれている。

(オ) 総括

差止請求が認められる理論的な根拠は、裁判例では明確にされていない。差止請求については、権利の物権的性格から、すべての者に権利を対抗することができ、帰責性 (*faute*) は問題とならないので、侵害行為の停止は当然に認められている⁵²。対象となる者は、侵害行為に関与しているすべての者と捉えられているようである。

損害賠償を求めることが可能かどうかについては、コピー業者のケースとインターネットのサーバー提供者のケースは、同列に論じられていないようである。コピー業者の場合、コピー業者は、自らが複製を行いまたは複製機器を提供しているのに対し、インターネットのサーバー提供者の場合、サーバー提供者は、一般に直接侵害者の行為を知りえない。そこで、コピー業者は、直接侵害者として、行為自体を帰責事由 (*faute*) とすることが可能である。ただし、CD-ROM へのコピー業者のケースでは著作権料を支払っていない者にコピー機を提供していることを認識していたことを認定している。これに対し、インターネットのサーバー提供者の場合は、直ちに送信停止措置をとった場合、損害賠償は否定されている。直ちに送信停止措置をとらず、放置した場合には、注意義務違反が認められ、損害賠償が肯定されることになる。これは、行為自体を帰責事由 (*faute*) とするのではなく、一般法の法理を適用したものと理解できる。

④特許権侵害について

ア. 特許権侵害訴訟の内容

特許権は、所有権に認められる性質と同様の性質を有している。排他性は、特許権を特徴づける特質であり、特許権には絶対的対抗力 (*opposabilité absolue*) がある。したがって、特許権者は、第三者に対して、その発明の利用を禁止することができ、また、それを許諾することができる。

法は、知的財産権侵害に対する不法行為責任しか規定していないが (615-1条2項⁵³)、知的財産権 (特許権) 侵害訴訟 (*action en contrefaçon*) は、二重の性質を持つとされる。つまり、侵害行為により被

⁵² André Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec 2nd edition

⁵³ 「知的財産権侵害行為は、その侵害者に不法行為責任を発生させる。」

った損害を特許権者に対して賠償するという側面＝損害賠償の制裁（*sanctions réparatrices*）と，所有権の侵害を回復するという側面＝差止め（*sanctions restitutives*）である。この構造は，著作権の場合も同様である。損害賠償の制裁については，不法行為の一般法が適用される（※破毀院民事部 16/12/1897 は，615－1条2項の規定がなかった当時，1382条により特許権侵害に対する損害賠償請求を肯定した）。

所有権の侵害を回復するという側面＝差止めについては，侵害行為と侵害の存在があれば，侵害者が侵害を知らなくても，差止請求権を行使できる。特許権の侵害は，常に民事上の帰責事由（*faute*）を構成し，主観的要素の有無を問わず，責任を負うと考えられている。

イ．直接侵害と間接侵害⁵⁴

直接侵害（*contrefaçon directe*）と間接侵害（*contrefaçon indirecte*）の概念は，日本法上の概念と異なる。すなわち，直接侵害は，特許された製品の製造または特許された方法の実施を意味し，間接侵害は，「知的財産権侵害品の提供，上市，使用，使用目的または上市目的の所持が，侵害品の製造者以外の者によって行われている場合」（615－1条3項⁵⁵）を意味する。この場合，損害賠償請求に，主観的要素が要求される。そこで，これらの者が善意の場合，これらの者に対して，行為の差止めを請求することはできないのかが問題となる。この点については，訴えの提起や警告を受け悪意となった後は，善意を援用するということはあり得ないので，禁止権を行使しうると解されている。

ウ．特許実施目的での手段の提供行為（613－4条⁵⁶）

「特許された発明を実施する資格のある者以外の者に対し，発明の本質

⁵⁴ A.Francon の分類による。

⁵⁵ 「ただし、知的財産権侵害品の提供、上市、使用、使用目的または上市目的の所持は、これらの行為が侵害品の製造者以外の者によって行われている場合には、理由を知って行われた行為である場合にのみ、行為者に責任を負わせる。」

⁵⁶ 1項「特許された発明を実施する資格のある者以外の者に対し、発明の本質的な要素に関係するその発明のフランス領土内における実施手段のフランスの領土内における引渡しまたは引渡しを提供することは、これらの手段が実施可能でかつその実施を目的とするものであることを、第三者が知りまたは状況によってそれが明らかなきときは、特許権者の同意がなければ、同じく禁止される。」2項「実施手段がその提供が市場において一般に流通している製品であるときには1の規定は適用されないが、第三者が、人を613－3条によって禁止される行為を犯すようにし向ける場合にはこの限りでない。」

的な要素に関係するその発明のフランス領土内における実施手段のフランスの領土内における引渡しまたは引渡しを提供することは、これらの手段が実施可能でかつその実施を目的とするものであることを、第三者が知りまたは状況によってそれが明らかなきは、特許権者の同意がなければ、同じく禁止される。」(※Paris 控訴院 13/12/79 は、販売目的で、特許の本質的特質を転載した説明書を提供する行為を引渡しの提供による侵害と認定した)。また、「実施手段がその提供が市場において一般に流通している製品であるときには 1 の規定は適用されないが、第三者が、人を 6 1 3 - 3 条によって禁止される行為を犯すようにし向ける場合にはこの限りでない」。

エ. わが国における間接侵害との比較

フランス特許法における間接侵害は、侵害品の製造者以外の者によって、知的財産権侵害品の提供、上市、使用、使用目的または上市目的の所持が行われている場合をいうので、わが国の特許法における間接侵害の概念とは異なる。

わが国の特許法における間接侵害に近い規定は、(3)で述べた侵害目的での手段の提供行為に関する規定である(6 1 3 - 4 条)。わが国の特許法のように、「のみ」用いるものであるかどうかは基準とされていない。フランス特許法では、特許実施の目的を知っていること(状況により特許実施の目的が明らかな場合でもよい)を必要とする。侵害の目的があることまで要求されていない。

また、わが国の特許法においては、一般に流通しているものは除かれるが、フランス特許法では、一般に流通しているものを提供する場合であっても、侵害となる可能性がある。

(3) アメリカ法

①著作権侵害に関する規定

ア. 著作権侵害の概念

アメリカ著作権法（1976年法）は、著作権侵害に関して、「何人であれ、第106条ないし第121条の規定する著作権者の排他的権利もしくは第16A条(a)に規定する著作者の排他的権利を侵害し、または第602条に違反してコピーもしくはレコードを合衆国に輸入するものは、それぞれ著作権または著作者の権利の侵害者となる。」と規定する（501条(a)第1文）。

「著作権侵害」の概念については、特許法⁵⁷（271条(b), (c)）とは異なり、著作権法上に規定は存在しない。しかし、後述のとおり、判例法上、直接侵害のほか、寄与侵害(contributory infringement)および代位侵害(vicarious infringement)がこれに当たる。

イ. 著作権侵害に対する救済措置

著作権法は、「著作権侵害」に対する救済とし、差止命令（502条）、侵害品の差押え・処分（503条）、損害賠償（504条）、訴訟費用・弁護士報酬の回復（505条）、刑事処罰（506条）を規定する。

これらの救済措置のうち、損害賠償（504条）は不法行為(torts)に対するコモン・ロー上(common law / law)の救済であるが、差止命令（502条）は財産権(property)または保護に値する利益(protectible interest)の侵害に対するエクイティ上(equity)の救済である⁵⁸。したがって、たとえば、連邦憲法修正7条はコモン・ロー上の救済を求める訴えに陪審(jury trial)を保障しているので、著作権侵害訴訟において、原告がエクイ

⁵⁷ 特許法には、寄与侵害（広義）に関する規定（271条(b), (c)）はあるが、代位侵害に関する規定は存在しない。しかし、後述（脚注83）のとおり、特許侵害にも、判例法上、代位侵害責任の成立が認められている。

⁵⁸ 英米法においては、差止命令は「不法行為」の効果ではない。コモン・ロー上の救済とエクイティ上の救済は、権利・利益の侵害に対して並列して存在する。たとえば、契約違反に対しては、コモン・ロー上の救済として損害賠償が認められ、エクイティ上の救済として特定履行命令(specific performance)が認められる。財産権の侵害に対しては、コモン・ロー上の救済として不法行為に基づく損害賠償が認められ、エクイティ上の救済として差止命令が認められる。エクイティ上の救済は、コモン・ロー上の救済では不十分であるときに認められる

(“obtained when available legal remedies, usually monetary damages, cannot redress the injury.” Black’s Law’s Dictionary 1320 (8th ed. 2004)) 救済である。

ティ上の救済である差止命令だけを求めれば、当事者には陪審の権利はないが、原告がコモン・ロー上の救済である損害賠償を求めれば原告・被告のいずれかの要求により陪審の適用がある⁵⁹。

ウ．差止命令

著作権法は、差止命令に関して、「本編に基づき発生する民事訴訟に対して裁判管轄権を有する裁判所は、第28編第1498条⁶⁰の規定を条件として、著作権侵害を防止しまたは抑制するに相当と考える条件において、一時的差止命令および終局的差止命令を発行することができる。」と規定する(502条(a))。

差止命令は、エクイティ上の救済であり、「原告は、(1)回復不能の損害(irreparable harm)を被っていること、(2)金銭賠償のようなコモン・ロー上利用可能な救済が当該損害への救済として適当でない(inadequate)こと、(3)原被告間の負担の均衡(balance of hardships)を考慮してエクイティ上の救済が正当と考えられること、および(4)終局的差止めが公共の利益(public interest)を害することがないことを、立証しなければならない」が、この法理は著作権侵害にも適用がある⁶¹。

回復不能の損害の要件は、原則として、著作権侵害の立証により推定される⁶²。コモン・ロー上利用可能な救済が適当ではないとの要件は、差止めがなければ回復不能の損害を生ずるという関係があれば、認められるので⁶³、この要件も著作権侵害の証明によって推定される。負担の均衡の要件は、権利侵害認定の可能性の大きさに関係するが、終局的差止めを求める本案では権利侵害を認定するので、この要件を充足する⁶⁴。公共の利益の要件は、著作権が法律上保護された利益であるので、著作権侵害においては、国家行為に対する差止めでない限り、認められる⁶⁵。したがって、終局的差止めを認める本案訴訟においては、原告が勝訴する場合には、原則として、差止請求の要件を満たす。

他方、要件を満たす場合であっても、裁判所は、差止命令を発令するか

⁵⁹ 3 Nimmer on Copyright, §12.10[A] at 12-178

⁶⁰ 合衆国による著作権侵害等に対する訴訟手続を規定する。

⁶¹ *Ebay Inc. v. Mercexchange, L.L.C.*, __ U.S. __ (2006/05/15)

⁶² Ross, Intellectual Property Law Damages and Remedies, §10.03[2] at 10-12; §11.03[1] at 11-24

⁶³ 同上 §10.03[2] at 10-11; §11.03[2] at 11-26

⁶⁴ 同上 §10.03[2] at 10-13

⁶⁵ 同上 §10.03[2] at 10-14

否かの裁量権を持っている。しかし、過去にも侵害がなかった場合を除き、著作権侵害が認められ、かつ侵害が継続する恐れがある限り、差止命令を発令しないことは原則として裁量権の濫用と考えられる⁶⁶。

なお、一時的差止命令には、一般的に、「申立当事者は、回復不能の損害の可能性とともに、(1)本案についての勝訴の蓋然性または(2)本案を維持する相当な根拠となる十分重大な争点がありかつ負担上の均衡において申立当事者に決定的に有利であることを、立証しなければならない」とされている⁶⁷。

エ. 損害賠償

著作権法は、損害賠償に関して、原則として、著作権侵害者に対して、著作権者の選択に従って、(1)著作権者が被った現実的損害の額および著作権侵害者が受けた利益の額、または(2)法定賠償額について、支払責任を負わせる(504条(a))。

著作権法が定める損害賠償責任は、法的性質としては不法行為(torts)責任であるが、著作権侵害についての故意・過失を要件としていない(すなわち、過失責任(negligence)ではなく、いわゆる厳格責任(strict liability)である)。ただし、寄与侵害責任においてはその成立に直接侵害に対する認識が必要とされているので、その限りで厳格責任ではない。

オ. 刑事処罰

著作権法は、著作権侵害者に対する刑事処罰について、「故意に著作権を侵害する者であって、(1)商業的利益または私的な経済的利得を目的とした者、(2)180日間に、著作権のある1つ以上の著作物のコピーもしくはレコードを一部以上(その総小売価格が1,000ドルを超える場合に限る)複製もしくは頒布(電子的手段によるものを含む)した者、または(3)商業的頒布を目的として作成された著作物を公衆がアクセス可能なコンピュータ・ネットワーク上にて利用可能にする方法によって頒布した者(当該著作物が商業的頒布を目的として作成されたことを知りもしくは知るべきであった場合に限る)は、合衆国法典第18編第2319

⁶⁶ 4 Nimmer on Copyright, §14.06[B] at 14-145: *L'Anza Research Int'l, Inc. v. Quality King Distribs., Inc.*, 98 F.3d 1109 (9th Cir. 1996)ほか

⁶⁷ 4 Nimmer on Copyright, §14.06[A] at 14-126

条⁶⁸に基づき処罰される。」と規定する（506条(a)）。

刑事処罰においては、対象者を「主犯(principal)」として独自に定義しているため、寄与侵害者や代位侵害者が直ちに著作権侵害者としてその対象になるのではない。すなわち、同2条は、「主犯」をつぎのように規定する。

「(a) 合衆国に対する罪を犯し、またはその行為を支援、助長、助言、指示、誘起もしくは実現(aids, abets, counsels, commands, induces or procures)する者は、主犯として処罰される。

(b) 自己または他人が直接行ったならば合衆国に対する罪となるべき行為を、故意を持って(willfully)生じさせる者は、主犯として処罰される。」

② 寄与侵害の法理

ア. 概念

寄与侵害の法理は、特許権の侵害に関するウォレス判決⁶⁹以降、特許権、著作権および商標権の分野において判例法として発展してきたものである。特許法においては、1952年法の271条(b)と(c)に明文化された⁷⁰。著作権法には明文化されていないが、判例は終始著作権侵害にも寄与侵害の法理の適用を肯定している（後掲ソニー判決⁷¹）。なお、著作権法における「寄与侵害」の概念は広義のものであり、特許法における積極的誘

⁶⁸ 合衆国法典第18編（犯罪および刑事訴訟）第2319条は、営利目的の著作権侵害の場合には、5年（再犯の場合には10年）以下の禁固もしくは罰金またはその併科、また、一定額以上著作物の複製・頒布の場合には、3年（再犯の場合には6年）以下の禁固もしくは罰金またはその併科を規定する。

⁶⁹ *Wallace v. Holmes*, 29 F.Cas. 74 (C.C.D. Conn. 1871)

⁷⁰ アメリカ特許法（1952年法）は、積極的誘引行為と寄与侵害行為（狭義）を規定する。すなわち、271条(b)は、積極的誘引行為について、「何人も、積極的に特許侵害を誘引した者は侵害者としての責を負う」と規定する。また、271条(c)は、寄与侵害行為（狭義）について、「何人も、特許された機械、製造物、組み合わせ、もしくは混合物の構成部分、または特許された方法を実施するために使用する物質もしくは装置であって当該発明の不可欠な部分を構成するものを、それが当該特許を侵害して使用するための特別に製造されたものであること、又は、特別に変形されたものであって実質的な非侵害の用途に適した汎用品または流通商品でないことを知りながら、合衆国内で販売の申込みをし、もしくは販売し、又は合衆国内にこれらを輸入する者は、寄与侵害者としての責を負う」と規定する。

⁷¹ *Sony Corp. v. Universal City Studios*, 464 U.S. 417 (1984) : 「著作権法に〔特許法271条(b)(c)〕のような明文が存在しないことは、自ら侵害行為を行っていない一定の者に著作権侵害の責任を課すことを排除するものではない。というのは、事実上すべての法分野において代位責任が課されており、また、寄与侵害の概念は、他人行為に対して責任を負うべき状況を特定しようとする、広範な問題の一例でしかないからである。」

引行為および狭義の寄与侵害行為を含む概念である⁷²。

「寄与侵害」は、①直接侵害が成立する場合に、②「侵害行為について認識を持ちながら」、③「他者の侵害行為についてこれを誘引し、生じさせまたはこれに重大な寄与を行う」者に認められる（後掲ガーシュウィン判決⁷³）。

イ．直接侵害の要件

寄与侵害の成立には、直接侵害が存在することを要する⁷⁴。

もっとも、特許法の分野においては、直接侵害の存在の立証については、状況証拠によってなしうるものとされていることから、現実に直接侵害が生じることまでも要求しているのではなく、直接侵害の生ずるおそれがあることの証明を要求するに止まっているようである⁷⁵。

ウ．寄与行為の要件

寄与侵害に該当する「重要な寄与」とは、典型的には、直接侵害のために使用しうる「場所や施設(site and facilities)」(後掲チェリー・オークション判決⁷⁶)を提供することである。しかし、これに該当するものの範囲は広い。たとえば、チェリー・オークション判決は、フリーマーケットの出店で海賊版が販売されていたという事案で、出店ブースの提供だけでなく、会場全体のための駐車場、宣伝広告、トイレおよび顧客の提供も重要な寄与と認定している。

重要性の意義については、チェリー・オークション判決や後掲ネットコム判決⁷⁷や後掲ナプスター判決⁷⁸は、被告の行為がなければ直接の侵害が生じなかったという関係のあったことを理由に、他人の侵害行為への「重要な関与」を認めており、侵害との間に因果関係があれば関与の重要性が認められるようである。

⁷² たとえば、*Metro-Goldwyn-Mayer v. Grokster*, ___ U.S. ___ (2005) は、特許法における積極的誘引行為と寄与侵害行為を含む概念として、「寄与侵害」を使っている。

⁷³ *Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F.2d 1159 (2d Cir. 1971); *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001)

⁷⁴ 3 *Nimmer on Copyright*, §12.04[A][3][a] at 12-91

⁷⁵ 5 *Chisum on Patents*, §17.03[1]; *Nordberg Mfg. Co. v. Jackson Vibrators, Inc.*, 153 USPQ 777, (N.D. Ill. 1967)

⁷⁶ *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F.3d 259 (9th Cir. 1966)

⁷⁷ *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc.*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995)

⁷⁸ *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001)

裁判例を整理すると、寄与行為には、①直接侵害の事前に、直接侵害に使用しうる「場所や施設」を提供した行為に責任が認められた事案（後掲ベン・ハー判決⁷⁹、ガーシュウィン判決、ソニー判決、グロックスター判決⁸⁰）と、②直接侵害の継続中に、直接侵害に使用しうる「場所や施設」を継続して提供した行為に責任が認められた事案（後掲チェリー・オークション判決、ネットコム判決、ナプスター判決）とがある。

エ．認識の要件

寄与侵害の要件である「侵害の認識」とは、実際に知っている場合のほか、合理的に知りうる場合も含まれる（ガーシュウィン判決、ナプスター判決）。

（ア）直接侵害の事前に、直接侵害に使用しうる「場所や施設」を提供した行為に責任が認められた事案では、直接侵害に使用しうる「場所や施設」を提供した時点では、直接侵害を生じていない。そこで、直接侵害の発生を予見または予見し得ただけで侵害の認識が認められるのかが問題となるが、単に直接侵害の発生を予見していただだけでは、侵害の認識は認められない（ベン・ハー判決、グロックスター判決）。裁判例を整理すると、ベン・ハー判決およびグロックスター判決は、直接侵害を「扇動」したことに、侵害の認識を認めた。ガーシュウィン判決は、直接侵害の発生が確実である場合に、そのことを認識していることに侵害の認識を認めた。ソニー判決は、「実質的に非侵害用途（*substantially non infringing use*）」のない侵害にのみ用いられる物を提供する場合には、その物の販売自体によって直接侵害の認識が当然に擬制されるとした（同旨：ナプスター判決、グロックスター判決）。

（イ）直接侵害の継続中に、直接侵害に使用しうる「場所や施設」を継続して提供した行為に責任が認められた事案では、すでに直接侵害を生じている。裁判例（ナプスター判決）によれば、侵害の認識を認めるには、何らかの直接侵害が発生していることについての認識では足りず、特定（*specific*）の直接侵害の発生を知りまたは合理的に知りうる必要があるとされている。チェリー・オークション判決は、現に直接侵害が行われていることを知っており、保安官から各出店者の識別情報の提供を求められていたが、これを無視して放置していた場合に、侵害の認識を認めた。ネッ

⁷⁹ *Kalem Co. v. Harper Brothers*, 222 U.S. 55 (1911)

⁸⁰ *Metro-Goldwyn-Mayer v. Grokster*, ___ U.S. ___ (2005)

トコム判決は、被告が権利者から特定の直接侵害の発生を通知されたが、フェア・ユースの成立する可能性がある場合に、侵害の認識を否定した。ナプスター判決は、被告が権利者から特定(specific)の直接侵害の発生を通知され、フェア・ユースの成立する可能性も考えられない場合に、侵害の認識を認めた。

オ．寄与侵害の効果

寄与侵害に対しても、損害賠償（504条）のほか、差止命令（502条）による救済が認められる。

カ．表見の自由・事前抑制との関係について

表現の自由と著作権侵害の関係については、基本的には、表現行為を行っているのは直接侵害者であるが、アメリカ著作権法は、アイデアに対する著作権による保護の排除（アイデアと表現の二分法理）および権利制限規定（フェア・ユースの法理）によって表現の自由と調整済みであるから、著作権侵害が成立する場合には表現の自由は問題とされないと考えられている⁸¹。また、同様に、寄与侵害者に対する差止め⁸²も、著作権侵害が成立する場合には表現の自由は調整済みであって、表現の自由を害するものではないと考えられている（後掲ネットコム判決、後掲ナプスター判決）。

また、差止めが事前抑制であるから慎重でなければならず、損害賠償のような事後抑制で足りるかという点に関しては、アメリカ著作権法においては、前述のとおり、著作権侵害の成立と侵害の継続するおそれが認定される限り、原則として差止めが認められ、後掲の裁判例（ベン・ハー判決、ガーシュウィン判決、ナプスター判決）においても寄与侵害に対する差止めが認められている。

⁸¹ *Sid & Marty Krofft Television v. McDonald's Corp.*, 562 F.2d 1157 (9th Cir.1977)等

⁸² 後掲ネットコム事件では、被告は、電子掲示板にユーザーが違法複製物をアップロードした場合に、教唆・幫助に対する差止めを認められれば、電子掲示板を運営するプロバイダがそのサービスを萎縮させることになるから、寄与侵害者に対する差止めは表現の自由に反すると主張した。

③代位侵害の法理

ア. 概念

代位侵害の法理⁸³は、代理法(agency)の法理である「監督者責任(respondeat superior)」の法理から発展したものである⁸⁴。監督者責任の法理は、「従業員または代理人が雇用または委任の範囲内で行った違法行為に対して使用者または本人に責任を課す法理」⁸⁵である。

「代位侵害」は、①直接侵害が成立する場合に、②侵害行為を監督する権限と能力(right and ability to supervise the infringing activity)を有し、③侵害行為に対して直接の経済的利益(direct financial interest)を有する者に認められる。

代位侵害責任の根拠は、直接侵害者に対する監督権限を最大限に行使して侵害を回避すべきであったのにこれをしなかったという点に求められる(後掲ナプスター判決⁸⁶)。そして、監督権限を最大限に行使して侵害を回避すべき義務を課す根拠は、代位侵害者が直接侵害によって利益を受ける立場にあり、当該義務がなければあえて「著作権侵害の可能性から自らの目を瞑る」(後掲シャピロ判決⁸⁷)おそれのある点に求められているようである。

イ. 直接侵害の要件

代位侵害の成立には、直接侵害が存在することを要する⁸⁸。この要件についての問題状況は、寄与責任に関して前述したところと同じである。

ウ. 監督の要件

代位侵害の成立には、直接侵害行為に対して監督権限のみならず、監督

⁸³ 特許法には、代位侵害に関する規定は存在しない。しかし、特許侵害にも、判例法上、代位侵害責任の成立が認められている。たとえば、*Baut v. Pethick Const. Co.*, 262 F.Supp. 350 (D.C. Pa. 1966); *Crowell v. Baker Oil Tools*, 143 F.2d 1003 (9th Cir. 1944), cert. denied 323 U.S. 760

⁸⁴ 2 Goldstein on Copyright §6.2 at 6:17

⁸⁵ Black's Law's Dictionary 1338 (8th ed. 2004)

⁸⁶ *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001)

⁸⁷ *Shapiro, Bernstein & Co., v. H.L. Green Co.*, 316 F.2d 304 (2^d Cir.1963)

⁸⁸ 3 Nimmer on Copyright, §12.04[A][3][a] at 12-91

能力があることが必要である（後掲シャピロ判決，ネットコム判決⁸⁹，チェリー・オークション判決⁹⁰，ナプスター判決）。すなわち，事実上，侵害行為をやめさせることができ，かつ，そうすることが法律上も許されることが必要である。

「代位責任を免れるためには，留保された監視する権限は最大限に行使されなければならない」（ナプスター判決）。では，監視権限のある範囲で生じた直接侵害に対して，事実上，結果責任を負うことになるのか。たとえば，ナプスター判決においては，被告は，そのインデックス・サーバーに掲載された違法複製ファイルのインデックス情報を監視する権限を持っていたが，そこに掲載されたすべての違法複製ファイルについてではなく，権利者から侵害通知のあった違法複製ファイルのインデックス情報についてのみ，監督能力を認めた。すなわち，代位侵害の成立には，侵害行為の認識は要件ではないが，侵害行為の存在を知っているかあるいは合理的に知りうる場合でなければ，侵害行為を監督することが事実上できないからであろう。

裁判例によれば，「賃借物件上において著作権侵害行為を行う借地人に地主が定額の賃料で貸与する場合」には，占有権限が借り主の手に渡ってしまって（チェリー・オークション判決），貸し主には監督権限・能力が認められないから，地主に代位侵害は認められない（シャピロ判決）。他方，「ダンスホールやミュージックホールを借りたダンスバンドが著作権法に違反して観衆のために著作物を実演し施設所有者や管理者に利益をもたらす場合」には，施設所有者や管理者に代位侵害が認められる（シャピロ判決，ドリームランド・ボールルーム判決⁹¹）。ダンスホールでの侵害の場合には，直接侵害者へ提供される物が著作権侵害の行われる機会の提供でしかなく，被告には会場所所有権に基づく管理権限や出演契約上の指図権限を有するからであろう。

その中間に立つ事案には，直接侵害者へ提供される物に対する監督権限・能力を検討して，その成立を肯定したものと否定したものの両方がある。レコード販売店の間貸しにおいて借り主の著作権侵害について貸し主に代位侵害責任が問われた事案（シャピロ判決），コンサートの演奏者による著作権侵害についてコンサート・プロモーターに代位侵害責任が問わ

⁸⁹ *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc.*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995)

⁹⁰ *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F.3d 259 (9th Cir. 1966)

⁹¹ *Dreamland Ball Room v. Shapiro, Bernstein & Co.*, 36 F.2d 354 (7th Cir. 1929)

れた事案（ガーシュウィン判決⁹²）、フリーマーケットの出店者による著作権侵害についてフリーマーケット運営会社に代位侵害責任が問われた事案（チェリー・オークション判決）、および、ピア・ツー・ピアユーザーによる著作権侵害についてインデックス・サービス・プロバイダに代位侵害責任が問われた事案（ナプスター判決）では、代位侵害責任が肯定された。他方、電子掲示板ユーザーによる著作権侵害について接続サービス・プロバイダに代位侵害責任が問われた事案（ネットコム判決）では、代位侵害責任が否定された。

エ．利益の要件

代位侵害者の直接的な経済的利益は、代位侵害者の収入が直接侵害行為に連動する場合（シャピロ判決）のほか、直接侵害行為が代位侵害者の営業のための客寄せになる場合（チェリー・オークション判決、ナプスター判決）にも認められる。

他方、代位侵害者の収入が直接侵害行為に連動せず定額であり、かつ直接侵害行為が代位侵害者の営業のための客寄せにもならない場合（ネットコム判決）には、直接的な経済的利益は認められない。

オ．代位侵害の効果

代位侵害に対しても、損害賠償（504条）のほか、差止命令（502条）による救済が認められる。

なお、代位責任と寄与侵害は重疊的に成立し得る。

⁹² *Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F.2d 1159 (2d Cir. 1971)

裁判例

【ベン・ハー事件⁹³】

原告は、小説「ベン・ハー」の著作権者である。被告は、これを無断で映画化した映画の製作会社である。当該映画に対する被告の行為は、当該小説を元に脚本を作成させ、またできた映画の複製物を販売し上映させたことにある。(この事件当時の1909年著作権法上は、小説に対する著作権は、小説の映画化、映画の複製および映画の上映に及んだが、複製物の販売には及ばなかった。)そのため、被告は、著作権侵害に対する寄与侵害責任が問われた。

連邦最高裁は、以下のように判示して、被告に寄与侵害責任を認めた。

「通常の商品が販売されるような事案においては、売主が買主によるその後の違法な使用に対して共犯として責任を負うのはどのような場合かという鋭い疑問が生じうる。先例によれば、売主は、買主が酒を違法な用途に使用しようと考えていると、単なる平凡な憶測を持っていたとしても、そのことによって、可能性としてあり得る違法な結果に対して責任を問われることはない(*Graves v. Johnson*, 179 Mass. 53, 88 Am. St. Rep. 355, 60 N. E. 383)が、その販売が違法な再販売を目的としてなされた場合には、その販売代金の回収は認められない(*Graves v. Johnson*, 156 Mass. 211, 15 L.R. A. 834, 32 Am. St. Rep. 446, 30 N. E. 818)。しかし、以上のことは本件にズバリ当てはまるものではない。本件の被告は、その広告において、本件映画が当該小説の演劇的複製物として使用されることを単に予測していただけではなく、そうするように扇動した。それが、当該映画の使用されまた当該映画がわざわざ作られた、もっともはっきりした目的であった。被告が侵害に寄与していなければ、自ら侵害する場合を除いて、当該侵害が起こることはなかった。すべての法分野において認められている法理に基づいて、被告は、責任を負うものである(*Rupp & W. Co. v. Elliott*, 65 C. C. A. 544, 131 Fed. 730, 732; *Harper v. Shoppell*, 28 Fed. 613. *Morgan Envelope Co. v. Albany Perforated Wrapping Paper Co.*, 38 S. L. ed. 500, 503, 14 Sup. Ct. Rep. 627.)。』

⁹³ *Kalem Co. v. Harper Brothers*, 222 U.S. 55 (1911)

【ドリームランド・ボールルーム事件⁹⁴】

原告は、音楽著作物の著作権者である。被告は、ダンスホールの所有者である。被告は、公衆への有料の娯楽施設として、ダンスホールを運営し、オーケストラにそこでの音楽演奏を委託していた。当該オーケストラは、原告が著作権を保有する楽曲を原告の許諾なく無断で演奏していた。

原告は被告を著作権侵害でインディアナ南部地区（エバンスビル部）連邦地方裁判所（地裁）に提訴した。地裁が被告に対して差止めと250ドルの損害賠償および100ドルの弁護士費用賠償を命じた。被告はこれを不服として、第7巡回区連邦控訴裁判所（控裁）に控訴したが、控裁は、地裁の判決を支持し、控訴を棄却した。

その判決の中で、控裁は、「代位侵害責任」とは明示していないが、以下のように論じて被告の責任を認めた。

「リーダーが代表して締結した契約に基づいて、7人からなるオーケストラは、一定の期間、一日につき（午後8:30から11:30）37ドルの対価で、音楽を提供した。被告は、アーティストの選択に対して発言しなかったし、演奏者に対して監督権を持っていなかったばかりでなく、一晚の出演中に演奏する楽曲の選択を決定していなければ決定権もなかった、と主張している。被告は、演奏曲の選択を指示していないし、当該オーケストラが演奏する楽曲に著作権があることも知らなかった。被告は、著作権のある楽曲である『…』『…』および『…』の演奏について当該オーケストラが原告から承諾を得ていなかったことも知らなかった。

被告は、当該オーケストラとの契約上、当該オーケストラは請負人 (independent contractor) であり、不法行為については当該オーケストラのみが責任を負うとの理由で、その責任を争っている。この主張は、これまで夥しい数の事件でなされたが、いずれも否認されてつづけてきた。権威ある先例は、著作権のある楽曲が著作権者の権利を侵害して演奏されたダンスホールの所有者は当該演奏が当該ダンスホールの所有者の利益のためになされている場合には責任を負うと判示する点で一致している、と当裁判所は考える。そして、このことは、当該オーケストラが、通常、請負人としており扱われる契約に基づいて、使用される場合であっても、当てはまる。……」

⁹⁴ *Dreamland Ball Room v. Shapiro, Bernstein & Co.*, 36 F.2d 354 (7th Cir. 1929)

【シャピロ事件⁹⁵】

原告は、音楽著作物および録音物に対して著作権を保有していた。被告Jは、これをレコードに無断複製し、被告Gのレコード販売店23店に間借りして当該レコードを販売した。当該販売においては、被告Jの従業員が販売したが、被告Gが売り上げをすべて一旦受け取り、その中から手数料と被告Jの従業員の給料を控除し、残額を被告Jに引き渡したが、被告Jの従業員の給料を直接彼らに支払った。被告Gは、被告Jとの契約上、被告Jの従業員に対して、監督権限を持っていた。

そこで、原告は、被告らを著作権侵害でニューヨーク南部地区連邦地方裁判所（地裁）に訴えたが、地裁は、被告Gについて寄与侵害の成立を認めなかった。控訴を受けた第2巡回区連邦控訴裁判所（控裁）は、被告Gについて代位侵害責任の成立を認め、地裁の判決を破棄して損害額認定のために差し戻した。

その判決において、控裁は、代位侵害責任の成立について以下のように判示した。

「『監督者責任(respondeat superior)』の法理が拠って立つ要素の多くは、形式的な使用者・従業員関係以外の事実状況においても、明らかに存在する (Seavey, *Studies in Agency*, 145-53 (1945)参照)。監督する権限と能力が著作物の利用に対する明らかかつ直接的な経済的利益と結びついている場合には、たとえ著作権の独占権が侵害されようとしていることに対する現実の認識が欠けているとしても (*De Acosta v. Brown*, 146 F.2d 408 (2d Cir. 1944), cert. denied, *Hearst Magazines v. De Acosta* 325 U.S. 862, 65 S.Ct. 1197, 89 L.Ed. 1983 (1945))、著作権法の目的は、当該利用の受益者に責任を課すことによって最も実現される。

本件に最も近い2種類の先例のうち、1つは、賃借物件上において著作権侵害行為を行う借地人に地主が定額の賃料で貸与する場合に関するものであり、もう1つは、ダンスホールやミュージックホールを借りたダンスバンドが著作権法に違反して観衆のために著作物を実演し施設所有者や管理者に利益をもたらす場合に関するものである。……

当裁判所は、ダンスホールの事案から抽出される法理が重要であり、

⁹⁵ *Shapiro, Bernstein & Co., v. H. L. Green Co.*, 316 F.2d 304 (2d Cir.1963)

本件の事実関係においては適用されるべきものと考え。ダンスホールの事案および本件は、事実関係から見て、地主・借地人の類型よりも使用者・従業員の類型により近い。被告Gは、被告Jに、13年間、多くの事業施設の一部を貸与していた。被告Gは、本件レコード店とその従業員の行為に対して最終的な監督権限を保持していた。被告Jのレコード販売からの総収入に対して一定割合の分配を受けることによって、被告Gは、被告Jによる営業の成功に対してきわめて明確な経済的利益を得ていた。すなわち、『ブートレグ』であろうが適法物であろうが被告Jが販売したレコードの10%または12%が被告Gの金庫に文字通り流れ込んだ。したがって、当裁判所は、本件の具体的事実に基づいて、レコード店の経済的成功に対する強い利害関係とともに、被許諾者の侵害行為に対する被告Gの関係が、『ブートレグ』レコードの無断販売に対して責任を生じさせるものであると断ずる。

……

ほとんど同じ理由で、本件に代位責任を課すことは過度に厳しいとか不公正であると考えすることはできない。被告Gは、出店者である被告Jの行動を注意深く監視する権限を有しているが、当裁判所の判決は、それを効果的に行使することができまたそうすべきである場合に、その権限を行使することを単に奨励するものである。被告Gの負担は、出版社や印刷所や著作物の販売業者にごく普通に課される負担と異なるところはない。……事実、本件の記録によれば、『ブートレグ』レコードはその外観からして怪しいものであり、取引上の慣習として行われているレーベルやレコード・ジャケット上の製造者の記載がいずれもなされていなかった。さらに、1958年の3月と4月に、原告の社員と弁護士が、著作権侵害訴訟の提起を警告する書面で、特定の『ブートレグ』レコードに関する情報の提供を求めたが、被告Gはついに回答しなかった。実際、翌月に訴訟が提起された。最後に記述した事実は、被告Gによる著作権侵害に対する当裁判所の認定には決定的ではないけれども、多くの事件において厳格責任を認定される当事者が『主たる』侵害者の行動を監視すべき立場にあるとの当裁判所の結論を、補強するものである。当裁判所がそのように認定しなければ、大型のチェーン・ストアやデパートは『ダミー』の出店者を立てて著作権侵害の可能性から自らの目を瞑ることによって、侵害による利益を得ながら責任を逃れる防波堤を作らうであろうという状況（全くあり得ないことではない）が予測される。」

【ガーシュウィン事件⁹⁶】

この事案は、＜著作権侵害に使用しうるものを提供する事前行為＞について、責任が問われたものである。

原告は、音楽著作物の著作権者である。被告は、コンサート・アーティストのマネジメントを行うとともに、地方でのコンサートの企画・運営を行った。すなわち、所属アーティストで構成するコミュニティ・アーティスト協会を各地方ごとにコンサートのために設立し、他方で、各地方ごとにチケット購入者を集めて、コミュニティ・アーティスト協会が主催者としてコンサートを実施させた。コンサートに際しては、被告は、アーティストから演奏曲目を入手して、コンサートプログラムを作成して、コミュニティ・アーティスト協会に有償で提供した。被告は、当該演奏曲目について権利処理の必要性を認識していたが、自己の責任とは考えなかったため放置していた。なお、被告は、チケット購入者を組織したことの対価として、コミュニティ・アーティスト協会からその総収入の25%を取得するとともに、所属アーティストからマネジメント料として収入の15%を取得した。

原告は、ニューヨーク南部地区連邦地方裁判所（地裁）に提訴した。第2巡回区連邦控訴裁判所（控裁）は、地裁を支持して、被告に著作権侵害に対する代位侵害および寄与侵害を認定した。

その判決において、控裁は、代位侵害の法理および寄与侵害の法理について、以下のように判示した。

「【著作権】法は侵害へのどのような種類または程度の関与が違法となるかを格別規定していないが、保護される楽曲を自分自身が演奏したわけでもなくとも著作権侵害責任に問われうることは、これまで永く判示されてきたところである。たとえば、演奏者の侵害行為を助長または誘引した者は、たとえ著作権の独占権が侵害されようとしていることに対する現実の認識が欠けているとしても、『代位』侵害者として連帯して責任を負うと判示されている。*Shapiro, Bernstein & Co., v. H.L. Green Co.*, 316 F.2d 304 (2d Cir.1963) ……

同様に、他人の侵害行為を認識しながら、これを誘引し、生じさせまたはこれに重要な寄与を行う(with knowledge of the infringing activity, induces, causes, or materially contributes)者は、『寄与』

⁹⁶ *Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management., Inc.*, 443 F.2d 1159 (2d Cir. 1971)

侵害者として責任を負うことがある。たとえば、*Screen Gems-Columbia Music, Inc. v. Mark Fi Records, Inc.*, 256 F.Supp. 399 (S.D.N.Y. 1966)において、地裁は、侵害レコードの販売のために非侵害広告を掲載した広告代理店、当該広告を放送したラジオ局および侵害レコードを発送した梱包業者はいずれも、当該レコードの侵害的性質を知っていたかまたは知るべき理由があったと立証された場合には、『寄与』侵害者として責任を負うと、判示した。彼らの潜在的責任は、『不法な行為を知って関与しまたは幫助した者は主たる不法行為者と連帯して責任を負うというコモンローの法理』に基礎づけられていた。

地裁は、被告が『代位』および『寄与』の侵害者として責任を負うと適切に認定した。アーティストたちがその演奏において著作権のある楽曲を含めていることを知りながら、被告は、当該アーティストたちのための市場として本件ポート・ワシントンの観客を集めた。当該協会の形成およびこれへの指示ならびに実演される楽曲のプログラム作成への被告による深い関与は、『被告が著作権侵害を生じさせた』との地裁の認定を十分根拠づけている。…被告は当該協会にも被告がエージェントをつとめたアーティストにも公式の監督権限を持っていなかったが、当該協会はこのような事柄に対して被告に依存していたこと、被告はアーティストの侵害行為に対して監視する立場にあったことおよび被告が主たる侵害者の行為から実質的な経済的利得を得ていたことは、明白である。被告は、著作権のある楽曲が本件ポート・ワシントン・コンサートで演奏されるであろうことおよび当該協会もアーティストも著作権の使用許諾を得ていないことを知っていた。したがって、被告は、主位的侵害者の侵害行為の結果に対して責任があり、代わって責任を負うものである。」

【ソニー事件⁹⁷】

被告は、ビデオテープレコーダー（VTR）を製造・販売した。原告は、テレビで放映されているプログラムのおよそ10%について著作権を保有していたところ、被告によるVTRの販売が原告著作権の寄与侵害（contributory infringement）であるとして、被告をカリフォルニア中部地区連邦地方裁判所に訴えた。

連邦最高裁は、先例⁹⁸を引用しつつ、つぎのように論じて、著作権法にも寄与侵害の法理の適用があると判示した。

「現行著作権法には、ある者が犯した侵害に対して他の者が責任を負わせることを明示していない。対照的に、現行特許法は、明示的に、『特許の侵害を積極的に引き起こした者』を侵害者と位置づけており（合衆国法典35編271条(b)）、またさらに『寄与』侵害者と位置づけられる一定の個人に責任を課している（同(c)）。著作権法にこのような明文が存在しないことは、自ら侵害行為を行っていない一定の者に著作権侵害の責任を課すことを排除するものではない。というのは、事実上すべての法分野において代位責任が課されており、また、寄与侵害の概念は、他人行為に対して責任を負うべき状況を特定しようとする、広範な問題の一例でしかないからである。」

そして、連邦最高裁は、つぎのように論じて、特許侵害について寄与侵害を定める特許法271条(c)項が明らかにする汎用品の法理(staple article doctrine)は、著作権法にも妥当すると判示した。

「特許法においては、侵害の概念と寄与侵害の概念の両方が法律に明記されている。寄与侵害として禁止されているのは、特定の特許に関する使用のために特別に作成された部品を情を知って販売することに限定されている。法律のどこにも、ある特許権者が他人の特許に関して使用される製品の販売を拒絶できると解釈する根拠となる規定は、存在しない。さらに、特許法は、『実質的な非侵害的用途に適する汎用品または一般商品』の販売は寄与侵害にならないことを明記している（合衆国法典35編271条(c)）。

汎用商品の購入者がこれを特許の侵害に使用したことによって当該

⁹⁷ *Sony Corp. v. Universal City Studios*, 464 U.S. 417 (1984)

⁹⁸ *Kalem Co. v. Harper Brothers*, 222 U.S. 55 (1911)

汎用品の販売に寄与侵害の責任が課されるとすれば、必然的に、当該汎用商品を購入することに対する公衆の利益に影響を与える。当然、寄与侵害の認定は、その商品を市場から除去するものではないが、特許権者に当該商品の販売に対する有効な支配権を与えることとなる。すなわち、寄与侵害の認定は、通常、係争商品が特許権者に与えられた独占権の範囲内であるとの判断に、機能的には等しい。……

当裁判所は、特許法と著作権法との間に実質的な違いのあることを認識している。しかし、どちらの法領域においても、寄与侵害の法理は、独占権の適切な保護のために裁判所が、場合によっては、装置や出版物の複製自体ではなくてもこのような複製を可能にする製品や行為に目を向けることを必要とするとの現実認識に基づいている。汎用品の法理は、著作権者の有する法律上の独占権に、単に形式的保護ではなく実効性のある保護を与える必要性と、他人が実質的に無関係の取引分野において自由に行為する権利との、バランスをとったものでなければならない。したがって、他の商品の販売と同様に複製機器の販売は、当該商品が合法的で不当でない目的のために広く使用されるものであるならば、寄与侵害を構成しない。すなわち、実質的な非侵害的使用が可能であるということだけで十分である。」

そのうえで、連邦最高裁は、被告のVTRは原告らが著作権を持っていない番組の録画および原告らが著作権を持っている番組であってもフェア・ユースの成立する録画に使用でき、このような使用は実質的な非侵害的使用であると認定して、寄与侵害は否定されると判示した。

【ネットコム事件⁹⁹】

原告は、S教会の創設者Hの著作物について著作権を保有している。S教会の元牧師である被告Eは、被告Kが運営する電子掲示板(BBS)に、S協会を批判するメッセージを掲載した。被告Nは、インターネット・アクセス・プロバイダーであるが、被告Kが運営するBBSへの接続サービスを提供した。原告は、被告EがそのメッセージにHの著作物に複製したこと、被告KがそのBBSのコンピュータに当該メッセージを蓄積したこと、被告Nがそのコンピュータに当該メッセージを蓄積したことをもって、著作権侵害の直接侵害、寄与侵害および代位侵害を主張し、カリフォルニア北部地区連邦地方裁判所に訴えを提起した。

その訴訟手続において、被告Kおよび被告Nは、請求棄却の事実審理省略判決を申し立て、また原告は、被告Kおよび被告Nに対する予備的差止命令を申し立てた。事実審理省略判決の申立に対して、裁判所は、複製行為を被告Eに認め、被告Kおよび被告Nによる直接侵害を否定したが、寄与侵害および代位侵害については、事実審理によって事実認定すべき事実上の争点があると判示して、原被告双方の申立を却下した。

その判決の中で、裁判所は、被告Nへの寄与侵害の法理の適用について、つぎのように判示した。

「被告Nは、原告の著作物を直接に侵害していないということで責任がないというわけではなく、なおも寄与侵害者として責任を負う。……*Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 435 (1984) (footnote omitted). 侵害への関与に対する責任は、被告が『他人の侵害行為を知りつつ、当該侵害行為を誘引し、生じさせまたはこれに重要な寄与を行う(with knowledge of the infringing activity, induces, causes, or materially contributes)』場合に、成立する。*Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F.2d 1159, 1162 (2d Cir. 1971)」

そして、侵害の認識(knowledge)の要件について、次のように認定した。

「被告Eによる侵害と主張される行為について【原告からの】通知書受領後の被告Nの認識は、著作権登録が有効であるかまた当該使用が

⁹⁹ *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc.*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995)

フェア・ユースにあたるかという問題を判断することの困難性に鑑みれば、あまりに心許ないものであった。著作権者による裏付け証拠のない侵害の主張が直ちに侵害行為に対する被告の認識があるということではできないけれど、責任が一目瞭然であることを要するとの被告Nの主張も支持できない。……当裁判所は、少なくともフェア・ユースというもっともらしい主張がある場合には当該使用が侵害でないか否かを速やかにかつ公平に判断することはBBS運営者の能力を超えている、との議論がより説得力を持つと考える。BBS運営者が合理的に侵害の主張を確認できない場合には、その理由がフェア・ユースの抗弁の成立する可能性であれ、複製物に著作権表示を欠いていることであれ、著作権者が著作権侵害を疎明する必要書類を提出しないためであっても、BBS運営者における主観的要件の欠如は合理的なものと認定され、そのシステムによって著作物の頒布を継続させたことについて寄与責任を生ずることはないであろう。

被告Nは被告Eが侵害行為を完了してしまう前に侵害の通知を受けていたのであるから、このような行為が侵害に当たると知りまたは知るべきであったか否かの事実について、【事実審理を要する】争点が存在しうる。」

つぎに、実質的な関与(substantial participation)の要件について、次のように認定した。

「被告Nは、被告Eの侵害文を自己のシステムに存置し、さらにこれを世界中のユーズネット・サーバに配信することを可能にしている。地主の場合と異なり、自己のシステムがどのように使用されるのかに対する支配権を完全に譲り渡しているわけではない。したがって、被告Nが被告Eによる侵害物のアップロードを認識しておりながらこれを公衆に頒布するという被告Eの目的の達成を幫助しつつけている場合、被告Nが原告の著作物に対するさらなる損害を防止するために措置を執ることができるのであれば、被告Nが寄与侵害の責任を負わせることが妥当である。」

また、その判決の中で、裁判所は、被告Nへの代位侵害の法理の適用について、つぎのように判示した。

「たとえば原告が侵害行為への関与について被告Nに寄与侵害責任を立証できない場合であっても、原告はなおも被告Nの被告Eに対する関係に基づいて代位侵害を立証しようとするのが可能である。被告は、(1)侵害者の行為を支配する権原と能力(right and ability to control)を保持しており、かつ(2)当該侵害行為から直接の経済的利得(direct financial benefit)を得ている場合には、主たる侵害者の行為に対して代位責任を負う。*Bernstein & Co. v. H.L. Green Co.*, 316 F.2d 304, 306 (2d Cir. 1963)。寄与侵害と違い、認識は代位責任の要件ではない。」

そして、支配する権原と能力の要件について、裁判所は、証拠上「被告Nが加入者の行為を監督する権原と能力(right and ability to supervise)を保有していること」について、事実審理を要する争点が存在すると認定した。しかし、直接の経済的利得の要件について、加入料は定額で侵害行為による加入料収入の増加や宣伝効果による事業成功に結びつくような事情がないと認定して、直接の経済的利益を否定した。

また、裁判所は、表現の自由(連邦憲法修正第1条)との関係について、つぎのように判示した。

「原告の責任理論によれば、ユーザーがユーズネットのニュース・グループに侵害物をアップロードすればアクセス・プロバイダやユーザーが責任を負うことになるのでインターネットの使用を萎縮させることを理由に、原告の責任理論は連邦憲法修正第1条に抵触すると、被告Nは主張する。当裁判所は、広すぎる差止めは修正第1条を損なうことには同意する(*In re Capital Cities/ABC, Inc.*, 918 F.2d 140, 144 (11th Cir. 1990)参照)が、修正第1条の問題以外の点で妥当であれば、侵害行為に責任を課すことは、必ずしも修正第1条の問題を提起するものではない。アイデアと表現の二分法理およびフェア・ユースの抗弁という著作権法上の概念は、重大な修正第1条の権利を『科学と有用な技芸の発展を促進するための』(連邦憲法1条8項8号)憲法上の権原とバランスさせるものである(1 NIMMER ON COPYRIGHT SS 1.10 [B], at 1-71 to -83)。」

【チェリー・オークション事件¹⁰⁰】

原告は、録音物に対して著作権者である。被告は、フリーマーケット(flea market)の運営会社とその管理人たちである。被告のフリーマーケットへの出店者が違法複製レコードを販売していた。警察当局（保安官 sheriff）の捜索によって38,000枚の違法複製レコードが押収されたこともあり、その後も警察当局からなおも違法複製レコードの販売が続いているので協力するよう求められてもいた。なお、被告は、出店者からは定額の出店料を得ていたほか、入場者から入場料を取っていた。

原告は、カリフォルニア東部地区連邦地方裁判所（地裁）に被告を著作権侵害および商標権侵害で訴えたが、地裁は原告の主張自体が失当であるとして請求を却下した。控訴を受けた第9巡回区連邦控訴裁判所（控裁）は、著作権侵害に対する代位侵害および寄与侵害ならびに商標権侵害に対する寄与侵害を認め、地裁判決を破棄し差し戻した。

その判決において、控裁は、著作権侵害に対する代位侵害について、以下のように判示した。

「地裁の見解によれば、監督と経済的利得の両方の要件に関して、被告は、貸与物件に対する占有権を借地人に渡した不在地主と同じ地位にある。この不在地主のアナロジーは、地裁で主張された事実（当裁判所は控訴においてこれを前提にしなければならない）にそぐわない。主張によれば、出店者は施設内に小さなブースを占有していたが、被告はその施設内を監督し巡回していた。訴状によれば、被告は、理由の如何を問わず販売を停止する権限を有しており、また、その権限によって施設内の出店者の行為を監督する能力を持っていた。また、被告は当該フリーマーケットを宣伝し、顧客の来場を監督していた。監督の点からいえば、本件における主張は、シャピロ事件やガーシュウィン事件のそれと顕著な類似性を有している。……したがって、原告が十分な監督の事実を主張しなかったとの根拠に基づいて、地裁が本件における代位責任の請求を却下したのは正当ではない。

つぎに、当裁判所は、経済的利得の争点を検討する。……しかし、原告が主張した事実は、被告が入場料、売店売り上げおよび駐車場料金から実質的な経済的利得を得ており、そのすべては、特売場価格で偽造レコードを買いに来る顧客から直接流れ込むものである。原告は、

¹⁰⁰ Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc., 76 F.3d 259(9th Cir. 1996))

十分に直接的な経済的利得を主張している。

ダンス・ホールの事案に始まる一連の裁判例は、著作権を侵害する実演が潜在的顧客を引きつける手段を強化するものである場合に事業運営者に代位責任を課すものであるが、当裁判所の結論はこれによって補強される。……本件においては、被告のフリーマーケットで海賊版レコードが販売されることは、ダンスホール事件とそれに続く事件における違法音楽の演奏と同じように客「寄せ」である。原告は著作権の代位侵害の請求事実を主張している。」

また、控裁は、著作権侵害に対する寄与侵害について、以下のように判示した。

「寄与侵害は、不法行為法に起源を有し、他人の侵害行為に直接寄与したものは責任を負うべきであるとの観念に由来する。……

原告が本件における認識の要件を適正に主張したことに疑問の余地はない。議論のある争点は、被告が侵害行為に重要な寄与を行ったことを原告が適正に主張したか否かである。当裁判所は、本件における主張が侵害行為に対する重要な寄与を示すに十分であると認定するのに、ほとんど困難がない。実際、万一当該フリーマーケットが当該サポート・サービスを提供していなければ、当該侵害行為が大量に生じることは困難であったと思われる。これらのサービスは、とりわけ、場所、電気電話等、駐車場、宣伝広告、トイレおよび顧客の提供を含む。……

明らかに、地裁は、侵害に対する寄与は被告が『偽造製品の販売を明確に促進もしくは奨励しまたは何らかの方法で侵害者の身元を隠した』場合のような状況に限られるべきであるとの見解を取った。…地元の保安官が適法に被告にその出店者についての基本的身元情報を収集提供するよう求めたが被告がこれに従わなかったとの主張があるので、被告は、地裁自身の立てた基準の最後の部分（侵害者の身元を隠す場合に責任を認める）にぴったりと当てはまるように見える。さらに、当裁判所は、侵害行為を知って場所や施設(site and facilities)を提供することは寄与侵害責任の成立に十分であるという、*Columbia Pictures Industries, Inc. v. Aveco, Inc.*, 800 F.2d 59 (3rd Cir. 1986) 事件における第3巡回区の分析に賛成である。」

【Napster事件¹⁰¹】

原告らは、アメリカ・レコード協会の主要レコード会社である。被告は、ユーザー間でのMP3ファイル交換を可能にするNapsterシステムを公衆に提供した。すなわち、ユーザーが交換したいファイルの検索を可能にするインデックスを作成した検索を可能にするサーバを設置するとともに、これに対応したユーザー用ソフトウェアを公衆に配布した。その結果、被告のシステムを通じて交換されたファイルの約9割は著作権侵害物であり、7割は原告らが著作権を保有しているものであった。そこで、原告らは、著作権侵害に対する寄与侵害責任および代位責任を根拠に、被告をカリフォルニア北部地区連邦地方裁判所に提訴した。

連邦地裁は、原告らの主張を認めて、被告に対して、「著作権のある音楽作品を複製、ダウンロード、アップロード、送信または頒布させてはならない」旨の予備的差止命令を下した。被告は、第9巡回区連邦控訴裁判所に控訴した。連邦控訴裁判所は、予備的差止命令の対象を原告らが被告に対して侵害通知を行った音楽作品に限定するよう修正した上で、予備的差止命令を認めた。

その判決の中で、連邦控訴裁判所は、寄与侵害の法理の適用について、以下のように論じた。

「当裁判所は、まず、被告が寄与侵害責任を負うとする原告の主張を検討する。伝統的に、『他人の侵害行為を知りつつ、当該侵害行為を誘引し、生じさせまたはこれに重要な寄与を行う(with knowledge of the infringing activity, induces, causes, or materially contributes)者は、『寄与』侵害者として責任を負う。』*Gershwin Publ'g Corp. v. Columbia Artists Mgmt., Inc.*, 443 F.2d 1159, 1162 (2d Cir. 1971)。また、*Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F.3d 259, 264 (9th Cir. 1996)を参照。換言すれば、被告が『侵害を助長または支援する個人的行為』を行えば、責任が発生する。*Matthew Bender & Co. v. West Publ'g Co.*, 158 F.3d 693, 706 (2d Cir. 1998).」

そして、侵害の認識(knowledge)の要件について、次のように認定した。

「寄与責任には、二次的侵害者が直接侵害を「知りまたは知るべき理

¹⁰¹ *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001)

由があった」ことが必要である。*Cable/Home Communication Corp. Network Prods., Inc.*, 902 F.2d 829, 845 & 846 n.29 (11th Cir. 1990); *Religious Tech Ctr. v. Netcom On-Line Communication Servs., Inc.*, 907 F. Supp. 1361, 1373-74 (N.D. Cal. 1995) (争点を侵害にあたる行為を「Netcom が知りまたは知るべき理由があったか」と構成する)。
.....

当裁判所はソニー判決に従う必要があるところ、ピア・ツー・ピア方式のファイル・シェアリング技術が原告の著作権を侵害しうるといっただけで、被告が寄与責任を負うに必要なレベルの認識を有していると擬制することはしない。464 U.S. at 436 (「侵害行為を達成する『手段』を提供しさえすれば責任を負わせることができるという主張を退ける)を参照。.....

当裁判所は、コンピュータ・システム運営者が侵害にあたる特定の素材がシステム上で使用可能になっていることを知りながら、これをシステムから除去しなかった場合には、運営者は直接侵害について認識しておりこれに寄与しているとするに同意する。*Netcom*, 907 F. Supp. at 1374を参照。逆に、侵害にあたる行為を特定する具体的な情報がなければ、システムの構造が著作権のある素材の交換を可能にするからといって、コンピュータ・システム運営者が寄与侵害責任を負うとはいえない。*Sony*, 464 U.S. at 436, 442-43. コンピュータ・ネットワークが侵害にあたる使用を可能にするからといって差止めを行うことは、ソニー判決の判例法理に反するものであり、侵害にあたる使用とは関係のない行為をも制限する可能性がある。

しかし、当裁判所は、被告システムの侵害的使用として示されたものとの関連においては、被告に寄与責任を負わせるに十分な認識があったと結論付ける。.....侵害にあたる特定の素材が被告システムを介して使用可能となっていること、侵害にあたる素材の提供者によるシステムへのアクセスを遮断することができたこと、および侵害にあたる素材を削除しなかったことについて、被告が現実の認識を有していたとする地方裁判所の事実認定は、記録が裏付けるものである。」

つぎに、重要な寄与(material contribution)の要件について、次のように認定した。

「地方裁判所が認定した事実によると、被告は、侵害行為に重要な寄

与を行っている。地方裁判所は、*Fonovisa* 判決に依拠して、『被告が提供するサポート・サービスがなければ、被告ユーザーは、被告が公言するほど容易には欲しい楽曲を見つけてダウンロードすることはできない。』と結論付けた。*Napster*, 114 F. Supp. 2d at 919-20（「被告は、ユーザーが MP3 音楽ファイルを検索しダウンロードすることができるよう設計された統合サービスである。」）。当裁判所は、被告が直接侵害のための『場所や設備』を提供していることに同意する。」

また、その判決の中で、連邦控裁は、代位侵害の法理の適用について、つぎのように判示した。

「代位侵害責任は、代位責任の「派生物」である。*Fonovisa*, 76 F.2d at 262. 著作権法においては、代位責任は、雇用関係の範囲を超えて、被告が「侵害行為を監督する権限および能力(right and ability to supervise)を有し、また、かかる行為に対して直接の経済的利害(direct financial interest)を有している」場合にも適用される。*Id.*(*Gershwin*, 443 F.2d at 1162 を引用)。また、*Polygram Int'l Publ'g, Inc. v. Nevada/TIG, Inc.*, 855 F. Supp. 1314, 1325-26 (D. Mass. 1994)（代位責任をリスク配分の一形態と述べる）を参照。この争点についての検討に移る前に、ソニー判決における「汎用商品」の分析は、被告の代位侵害責任の可能性には適用されないことを付記する。」

そして、経済的利得(financial benefit)の要件について、裁判所は、つぎのように認定した。

「経済的利得は、侵害にあたる素材が使用可能になっていることが「顧客に対する『客寄せ』の役割を果たす」場合に存在する。*Fonovisa*, 76 F.2d at 263-64（「侵害にあたる実演がそのサイトの集客力を高める場合」に経済的利得が認められうると述べる）。被告の将来の収入が「ユーザー層の増加」に直接依存しているとの地方裁判所の認定を十分な証拠が裏付けている。「使用可能な楽曲の質および量が増加する」につれて、より多くのユーザーが被告システムに登録する。114 F. Supp. 2d at 902。当裁判所は、保護される著作物がシステム上で使用可能であることから被告が経済的な利得を受けていると地方裁判所が判断したことについて、誤りはなかったと結論付ける。」

また、監督(supervision)の要件について、裁判所は、つぎのように認定した。

「本件においては、原告は、被告がシステムへのアクセスをコントロールする権限を留保していることを証明した。被告は、そのウェブサイト上に、「ユーザーの行為が適用ある法律に違反していると被告が信じる場合を含むがこれに限らない……または被告の独自の裁量においていかなる理由であっても、理由の有無を問わず、サービスの提供を拒否しまたアカウントを削除する権限」を明示的に留保していることを述べる、権限留保に関する明示的な方針を掲載している。

代位責任を免れるためには、留保された監視する権限は最大限に行使されなければならない。探知しうる侵害行為を利益のために見逃す場合には、責任が発生する。たとえば、*Fonovisa*, 76 F.3d at 261 (「本控訴審において、売主が録音物の海賊版をフリーマーケットで販売していたことをチェリー・オークションおよびその運営者が認識していたことについては、争いはない。」を参照。……

地方裁判所は、被告がそのシステムを監視する権限および能力を有しており、著作権のある素材の交換を防止する権限の行使を怠ったと、正しく判断した。しかし、地方裁判所は、被告が「コントロールし巡回する」対象となるシステムの範囲が制限されたものであることを認めなかった。……換言すれば、被告が留保した監視する「権限および能力」は、システムの現在の仕組みの範囲に制限されている。記録が明らかにするとおり、被告システムは、リストに掲載されたファイルの内容を、適切な MP3 形式であることを確認する以外に「読む」ことはしないのである。)

そのうえで、「侵害にあたるコンテンツにアクセスできなくする義務を被告が負う前に、原告が、著作権のある著作物およびこれらを収録したファイルであって被告システム上で使用可能にされているものについて被告に通知する責任を負う」と判示して、代位侵害に基づく差止命令の範囲を、原告が被告に通知したファイルについて、ファイル名インデックスで検索しうるものに限定した。

さらに、裁判所は、表現の自由（連邦憲法修正第1条）との関係について、つぎのように判示した。

「被告は、地方裁判所の差止命令は必要以上に広汎であることから憲法修正第 1 条に違反すると主張する。被告は、(1)被告が「ディレクトリ」（ここでは検索インデックス）を発行する権利および(2)ユーザーが情報を交換する権利という、言論の自由に基づく二つの異なる権利を主張する。著作権法における憲法修正第 1 条上の利益は、フェア・ユースの法理の存在によって緩和されている。17 U.S.C. § 107 を参照。*Nihon Keizai Shimbun v. Comline Business Data, Inc.*, 166 F.3d 65, 74 (2d Cir. 1999), *Netcom*, 923 F. Supp. at 1258（著作権法は、憲法修正第 1 条上の利益と著作権者の権利との衡量を行うものであると述べる）を全般的に参照。本件においては、被告ユーザーはフェア・ユースを行う者でないと予備的に判断されている。著作権のある素材の使用のうち、フェア・ユースにあたらぬものについては、正当に差し止められる。*Dr. Seuss Enters. v. Penguin 3 Books USA, Inc.*, 109 F.3d 1394, 1403 (9th Cir. 1997)（差止命令が憲法修正第 1 条に違反する事前抑制にあたるとする被告の主張を却下する）を参照。」

【グロックスター事件¹⁰²】

原告らは、多数の作詞家、音楽出版社および映画会社であり、米国内の大半の音楽および映画の著作権を保有している。被告らは、非中央管理型ファイル・シェアリング・システムである **Grokster** および **Morpheus** のプログラムを配布する会社2社である。原告らの調査によれば、被告らのプログラムを使ったファイル・シェアリング・システムによって交換されているファイルのうち90%以上が著作権侵害物であり、うち70%について原告らが著作権を保有しているものであった。そこで、原告らは、被告らのプログラムの利用者による著作権侵害について、被告らが寄与侵害責任および代位侵害責任を負うと主張して、カリフォルニア中部地区連邦地方裁判所に、著作権侵害訴訟を提起した。

被告らが寄与侵害責任および代位侵害責任の不成立を認める事実審理省略判決を申し立てたのに対して、連邦地裁は、被告らの主張を認めて、寄与侵害責任および代位侵害責任は成立しないと判示した。また、原告らは、第9巡回区連邦控訴裁判所に控訴したが、連邦控裁は、連邦地裁の判断を正当として、改めて寄与侵害責任および代位侵害責任は成立しないと判示した。これに対して、連邦最高裁は、寄与責任についての連邦控裁の解釈を誤りであると判示し、事件を連邦控裁に差し戻した。

その中で、連邦最高裁は、以下のように、実質的な非侵害用途のある物を頒布する者は、侵害を扇動する意図で行うときには、具体的侵害について認識がなくても、寄与侵害責任の成立に必要な「認識」の要件を満たすと判示した。

「ソニー判決の法理は、頒布された製品の性質または用途から、法律上、不法の意図を擬製する場合を限定したものである。しかし、ソニー判決は、そのような意図が存在する場合にこれを無視することを裁判所に要求するものではないし、コモンローに由来する帰責事由に基づく責任の法理を排除しようとしたものではない。……したがって、侵害の用途に使われうるという製品の性質や認識を越える証拠があり、かつ侵害の促進に向けた表現や行動の証拠がある場合には、ソニー判決の汎用製品の法理は責任を排除しない。

違法な目的の直接証拠の古典的な事例は、宣伝広告などによって、ある者が他の者による侵害行為を教唆する場合、言い換えれば『他の

¹⁰² *Metro-Goldwyn-Mayer v. Grokster*, __ U.S. ___ (2005)

者を誘惑もしくは説得して』侵害させる場合（Black's Law's Dictionary 790 (8th ed. 2004)）である。したがって、コモンロー上、『広告によって侵害的使用を予見しただけではなく扇動した』著作権や特許権事件の被告は、『あらゆる法分野において認められてきた法理に基づいて』侵害に対する責任が課された。……

古い事件において発展した侵害誘引の法理は、こんにち何ら変わりがあるものではない（footnote: 教唆は特許法に条文化されている。）。『直接侵害を助長するために取られた…積極的措置』の証拠、たとえば侵害的使用を宣伝広告することや侵害的使用に利用する方法を説明することは、当該製品が侵害に使用されるべきとの肯定的意図を証明するものであり、また、侵害が助長されたとの証明は、被告が適法な用途にも使用しうる商品を販売しただけの場合に責任を認めることに対する法の躊躇を、打ち破る。……

ソニー判決が特許法の汎用製品法理を著作権の責任制限法理のモデルとして採用したのと同じ理由に基づいて、侵害誘引の法理も著作権に当てはまる法理である。当裁判所は、これをここに採用し、著作権を侵害する使用を扇動する目的（侵害を扇動するために採られた明白な表現や積極的な行動によって示されるような）をもって装置を頒布する者はその結果生じる第三者による侵害行為に対して責任を負うことを判示する。もちろん、当裁判所は、通常の商取引を害することや潜在的に適法にも違法にも使用しうる技術の発展を妨げることのないよう注意する必要がある。したがって、VTRが侵害に使用しうるとの認識をその製造者が持っていたとしてもソニー判決がこれと意図的な誘引と認定しなかったように、潜在的な侵害的使用や現実の侵害的使用を単に認識していることは、その頒布者に責任を課すには十分ではない。また、顧客に技術的サポートや製品の更新サービスを提供することのような、製品の頒布に付随する通常の行為は、それ自体では責任の根拠とはならない。他方、侵害誘引の法理は、意図的な違法な表現や行為に責任を課すものであり、したがって、合法的な商取引を傷つけたり適法な用途の可能性のある発明を妨げることはない。」（引用判例省略）

(4) イギリス法

～間接侵害に係るイギリス著作権法等について～

①イギリス法における著作権侵害責任について

イギリス著作権法16条1項は、複製権、譲渡権など、著作権の排他的権利の内容について規定し、2項において、著作権侵害の定義を設けている。すなわち、著作権は、著作権者の許諾を得ることなく、著作権により規制される行為 (any of the acts restricted by the copyright) を行い、又は行なうことを他の者に許諾した者により侵害される。このような侵害類型は「一次侵害 (primary infringement)」と呼ばれている。一次侵害は、我が国における直接侵害の行為類型に該当するものといえる。

これ以外に、イギリス著作権法は、侵害物品の取引や侵害複製物を作成するための道具を提供する行為なども、一定の要件の下で侵害となることを規定している。これらは、一次侵害があることを前提に成立する侵害類型であることから¹⁰³、「二次侵害 (secondary infringement)」と呼ばれている。イギリス著作権法の二次侵害規定は、わが国におけるいわゆる間接侵害規制の一種として位置づけることができる。

一次侵害と二次侵害も、制定法上の義務違反 (a breach of statutory duty) による不法行為 (tort) であり、その法的効果は同一である¹⁰⁴。すなわち、一次侵害であると、二次侵害であるとを問わず、権利者は、侵害者に対して、損害賠償 (damages)、差止め (injunctions)、不当利得 (accounts) など、一般の財産権侵害における救済と同様の救済を受けられることが法律上保証されている (96条)。ただし、一次侵害が行為者の認識に関わりなく成立する厳格責任 (strict liability) であるのに対して、二次侵害は、行為者の認識が侵害成立要件となっている点が大きく異なっている。著作権は制定法上、排他的な財産権として創設された権利であるから、著作権を侵害する行為については、行為者の故意過失を要せず、損害の発生の有無を問わずに、不法行為が成立する。

一方、著作権法で規制された行為を直接行った者以外の者であっても、一般民事法上の法理により、侵害責任が認められる場合がある。すなわち、著作権侵害の教唆者・幫助者は、共同不法行為者 (joint tortfeasor) として

¹⁰³ ただし、一次侵害が現実に生じる必要はなく、一次侵害が現実に生じたであろうと推測できる状況にあればよい。

¹⁰⁴ 著作権等、知的財産権の侵害が不法行為であることは、一般に広く認められている (John Murphy, Street on Torts (11th ed. 2003), Clerk and Lindsell on Torts (19th ed. 2006))。

の責任を負うことがある。特に、被用者が職務として侵害行為を行った場合や、代理人が本人のために行なった侵害行為については、「代位責任 (vicarious liability)」の考え方にに基づき、侵害者である被用者や代理人と共に、使用者や本人も侵害責任を負うことになる。イギリスでは、わが国とは異なり、不法行為 (tort) に対する救済手段として、損害賠償のみならず、差止め (injunction) が認められることから、権利者は、これらの者に対しても、差止めによる救済を求めることが可能である。ゆえに、イギリスにおける間接侵害規制のあり方を検討するには、こうした一般民事法上の法理も、視野に入れる必要がある。なお、著作権法上の侵害行為と一般民事法上の法理に基づく侵害責任とは相互に排斥的なものではなく、両者は重疊的に成立し得る。例えば、侵害行為の「許諾」を与えた者は、著作権法上の許諾責任に加えて (16条2項)、共同不法行為者 (joint tortfeasor) ないしは侵害を引き起こした者 (the man who had procured the infringing act) としての責任を負う場合もある。また、使用者が被用者に指示を与えて侵害行為を行わせたという場合、使用者には、許諾責任に加えて、代位責任 (vicarious liability) が成立することになる。

また、著作権法上、直接の実行行為者以外の間接行為者にも刑事罰の適用が認められている¹⁰⁵。また、著作権法の枠外でも、著作権侵害の教唆者・幫助者が、著作権侵害の共犯 (accessory) として刑事責任を負うことがある。

②著作権法上の「侵害 (infringement)」責任

ア. 一次侵害としての「許諾 (authorisation)」責任¹⁰⁶

(ア)「許諾」の意義

イギリス著作権法では、著作権により規制される行為を自ら行った場合のみならず、他人が当該行為を行なうことに対して「許諾 (authorisation)」を与えたことが著作権の侵害を構成する (16条2項)。ここでいう「許諾」とは、「明示的であると黙示的であるとを問わず、問題となる行為を

¹⁰⁵ ただし、後述するように、民事・刑事で規制される行為類型には違いが存在するという事に注意を要する。

¹⁰⁶ 許諾責任に関して紹介した邦語文献として、作花文雄「非中央管理型 P2P と Authorization 法理の適用可能性—豪州「Sharman」事件連邦裁判所 (FCA) 判決をめぐる間接侵害責任法理の論点と考察—」コピライト 45 巻 21 頁がある。

する権限を与えること (a grant or purported grant, which may be express or implied, of the right to do the act complained of)」と定義されている (CBS 最高裁判決¹⁰⁷)。すなわち、イギリスでは、著作権の排他権の内容をなす行為を直接行った者のみならず、直接行為者に当該行為を行う権限を付与した者も、一次侵害者として責任を負うことになる (以下、このような責任を「許諾責任」と呼ぶ)。例えば、小説家が出版社に小説の出版の許諾を与え、出版社が書籍の複製・販売を行なったところ、小説の内容が他人の著作権を侵害するものだったとする。その場合、出版社は複製権を侵害したことになるが、小説家は、出版社に当該著作物を複製する権限を与えた者として許諾責任を負うことになる¹⁰⁸。

(イ) 許諾責任の概要

許諾責任は一次侵害であるから、許諾者に侵害の事実の認識がなくても、成立する¹⁰⁹。例えば、小説家が出版社に小説の出版を許諾する際に、小説家が自己の小説の中に他人の著作物が混在していることを知らなくても、複製権の侵害が発生したことについて、許諾責任を負うことに変わりはない。

また、許諾の対象となる行為が侵害を構成しなければ、許諾責任は成立しない¹¹⁰。例えば、著作物の複製が公正な使用に該当する場合には、その複製の許諾を与えた者が許諾責任を負うことはない。

侵害の許諾は、それ自体が著作権法上の義務違反行為であるから、侵害行為とは別個の不法行為 (tort) を構成する¹¹¹。しかし許諾責任の成立について、許諾行為が行われるだけでよいのか、それとも現実の侵害行為が行われることを要するのか、という点をめぐって争いがある。許諾の撤回を認めるために、現実に侵害が行われることが必要と解する見解が有力である¹¹²。

¹⁰⁷ CBS Song Ltd v Amstrad plc[1988]A.C.1013,HL.

¹⁰⁸ わが国ではこうした区別をすることなく、小説家も出版社も当然に複製権の侵害者と考えられている。

¹⁰⁹ Hugh Laddle, Peter Prescott, Mary Vitoria, Adrian Speck and Lindsay Lane, *The Modern Law of Copyright and Designs*(3rd ed.2000)730, 19.27.

¹¹⁰ ABKCO Music vMusic Collection International Ltd[1995]R.P.C.657 ; Nelson v Rye[1996]F.S.R.313. これに加えて、ABKCO Music 事件は、許諾の対象となる行為が侵害となりさえすればよいことから、イギリス国内での侵害行為を許諾した者は、その許諾行為が国外で行われた場合でも、許諾責任を負うと判示している。

¹¹¹ Ash v Hutchinson & Co Ltd, [1936]2All ER 1496.

¹¹² Copinger and Skone James on Copyright (15th ed, Sweet & Maxwell,2005) p.454.

(ウ) 許諾責任の歴史的沿革とその法的根拠

許諾責任がイギリス著作権法上初めて明文化されたのは、古く1911年法にまで遡る。それ以前の法は、著作権侵害を「侵害を行うこと又は侵害をもたらしたこと (shall make or cause to be made ,or sell or cause to be sold, or import or cause to be imported, or represent or cause to be represented)」と定義し、侵害の直接の原因となった者が侵害責任を負うという考え方を採っていた。具体的には、物理的な侵害行為者の他、侵害行為者を手足として利用する者（被用者に対する使用者、代理人に対する本人）だけが侵害者と看做され、侵害行為の許諾を与えた者は、侵害者ということはできないと考えられていた¹¹³。侵害の許諾を与えたとしても、侵害行為が被許諾者自身の自由な判断により行なわれている以上、許諾者が侵害の直接の原因者になるとはいえないからである。

しかしこうした考え方には、後に疑問が投げかけられることになった。すなわち、著作権の対象となる行為の「許諾」を与えることは、著作権者のみがなし得る行為であるから、「許諾」は、著作権者の排他的権利の一内容を構成していると考えらるべきである。著作権者以外の者が著作権者に無断で著作権の対象となる行為の「許諾」を行うことは、著作権の排他的内容を直接侵害するものに他ならない。こうした考えに基づき、1911年法は、侵害の許諾を行った者が直接的な侵害行為を行った者と同様に、一次侵害者としての責任を負うと規定した¹¹⁴。この1911年法の基本的な考え方がその後の1956年法・1988年法に継承され、現在に至っている。

(エ) 許諾責任の類型

許諾責任の法的根拠は明白であるが、許諾責任の成立範囲は必ずしも明確ではない。既述の通り、許諾とは、侵害行為者に侵害を行なう権限 (authority) を与えることをいい¹¹⁵、単に、侵害を可能にした、侵害を幫

¹¹³ *Karno v Pate Freres Ltd*(1909)100L.T.260 (映画フィルムの配給会社の責任を否定) や、*Boosey v Whight*(1900)1Ch.122 (自動ピアノに挿入する録音物の販売業者の責任を否定) など参照。

¹¹⁴ 1911年法が許諾責任を法定した趣旨については、*Falcon v Famous Players Film* supra ; *Ash v Hutchinson & Co Ltd*, supra など参照。

¹¹⁵ 一般に、裁判例では、「許諾」は、“sanction, approve and countenance”と同義で理解されている。ただし、[CBS事件最高裁判決]は、“countenance”は“condone”の意味で用いられることがあり、これを基準にすると許諾責任が成立する範囲が過度に広がってしまうため、この言葉を用いて「許諾」を定義することは不適切であると指摘している。

助した、侵害を助長したという行為とは区別されるものと説明されている。こうした説明は、先の許諾責任の法的根拠から必然的に導かれるものといえる。しかし、両者の区別はしばしば困難であり、現実にも許諾責任の成否をめぐる紛争が多数生じている。そこで、以下では、実際の裁判例において許諾責任が争われる場面を幾つかの類型に分けて、どのような場合に許諾責任が認められているのか、という点を概観していくことにしたい。

第一に、実際に侵害行為が行われるであろうことを考慮して、当該行為を行う権利を（明示的又は黙示的に）付与する行為については、一般に許諾責任が認められている。例えば、原稿を印刷し出版する権利を売却する行為について許諾責任を肯定した事例¹¹⁶や、映画館のオーナーに映画フィルムを貸与し、映画を上映する権利を付与したことにつき許諾責任を肯定した事例¹¹⁷、著作者が出版社に書籍（違法複製物）の複製の許諾を与え、出版社が印刷業者に書籍の印刷を依頼したという場合に、印刷業者に複製権侵害を、著作者と出版社に複製の許諾責任を認めた事例¹¹⁸などがある。また、音楽の再生装置の提供者は、その使用者が音楽の公の演奏について著作権者から許諾を得ることを前提に装置を提供した場合、許諾責任を負うことはないが、提供者が提供時に必要な許諾は全て得たから、侵害のおそれなしに安心して当該装置により音楽を再生できるという条件で当該装置を提供した場合には、許諾責任があるとされる¹¹⁹。

第二に、著作権侵害物の作成を委託した者は、たいてい受託者に対して、当該侵害物品を作成する権限を付与していると考えられるため、許諾責任があるものとされる。例えば、原告製品のデザインを知っていた被告が原告の製品に類似した特徴を有するデザインの製作を注文し、完成したデザインに承認を与えた場合に許諾があるとされた事例などがある¹²⁰。判決は、被告が受託者に対して、原告製品を複製する権限を有すると明示的に言及していなくても、特定のデザインの製造を委託することによって、その製造を是認し、原告製品に類似する製品の製造に必要な権限を付与したものとみるべきであるとしている。

第三に、被用者が職務として侵害行為を行った場合に、使用者に許諾責任が認められるかどうかは、ケース・バイ・ケースである。この場合は、使用者に代位責任が成立するが、許諾責任が成立するかどうかは、使用者

¹¹⁶ Evans v Hulton & Co Ltd (1924) 131 L.T. 534.

¹¹⁷ Falcon v Famous Players Film Co [1926] 2 K.B. 474.

¹¹⁸ Ash v Hutchinson, supra.

¹¹⁹ Copinger and Skone James, supra p. 453.

¹²⁰ Standen Engineering Ltd v Spalding & Sons Ltd [1984] F.S.R. 554 ; Pensher Security Door Co Ltd v Sunderland City Council [2000] R.P.C. 249.

が侵害行為を「許諾」していたと評価できるかどうかにかかっている。代位責任とは異なり、単に、使用者が被用者の行為に一般的な管理監督権限を有しているというだけで許諾責任が認められるわけではない¹²¹。例えば、ライブハウスの所有者が実演家を雇用し、実演家の演奏する曲目の選定に関与する立場にあったとすれば、代位責任と同時に、許諾責任も成立するであろう。しかし、雇用者が曲目の選定を実演家の裁量に完全に委ねていたという場合には、代位責任が成立する一方、許諾責任が否定されることになる¹²²。

第四に、侵害者に対して、侵害に供する物品を提供した者に許諾責任は成立するか。まず、当該物品に非侵害用途がある場合には、当該物品が侵害者により侵害に用いられることを物品提供者が知っていたとしても、それだけで許諾責任が成立することはない。なぜなら、物品提供者は、相手方に当該物品の使用を許諾したとはいえるが、当該物品を利用して侵害行為を行うことについてまで許諾を与えたとは言い難いからである。この点について、詳しく判断した判決として、〔CBS 事件最高裁判決（1988年）〕を紹介しておこう。

事案は、録音機器の製造販売業者（Amstrad Consumer Electronics plc and Dixon Ltd）である被上告人が通常の録音機器に比べて録音のスピードが速く、二重録音が可能な新しい録音機器の販売を開始したところ、レコード製作者の代表である上告人（British Phonographic Industry Ltd(=BPL)）らが、被上告人の提供する録音機器は私人による著作物の録音に適していること、また、被上告人が私人による録音を奨励するような広告を行っていることを理由に、被上告人の許諾責任を追及したというものである¹²³。ちなみに、被上訴人の録音機器には、注意書きとして、録音に際しては許諾が得る必要がある場合があること、被上訴人が録音の許諾を与える権利を有していないことが付記されていた。これに対して、判決は、以下のように判示して、上告人の請求を棄却している。

¹²¹ 許諾責任は現実の著作権侵害に対する特定された許諾（specific authorization of an actual infringement）でなければならない（MCA Records Ltd v Charly Records Ltd[2000]E.M.L.R.743at807）。包括的な許諾（authorisation at large）では許諾責任は成立しない。

¹²² Copinger and Skone James, supra p.450 参照。

¹²³ イギリス法においては、私的録音・録画も、法律上は、著作権侵害を構成する（本件は1956年法下の事例であるが、1956年法においても、1988年法と同様に、私的複製を適法とする規定が設けられていないため、著作権の存する作品を私人が複製する行為は原則として違法ということになる）。しかし実際に私的録音・録画に対して権利行使することは困難であり、現状は野放しになっている。権利者側は、媒体への課金制度（levy on blank tapes）を要求したが、実現に至っていない。判決は、私的複製を違法とする法は修正ないし廃止されるべきであるとしつつ、現行法の下でレコード製作者に救済が与えられないことは、将来の立法活動に向けて有為な影響を与えるであろうと指摘している。

(一) 上告人は、被上訴人による複製機器の販売、高速の複製機能が付加された機器の販売、ないしは、高速の複製機能に焦点を当てた宣伝広告活動の禁止及び著作権のある作品の複製が著作権侵害となる旨の適切な表示を付することを求めている。しかし、著作権法（1956年法）が上告人に与えた権利は、複製及び他人に複製を許諾することの排他的な権利であり、著作権により与えられる唯一の関連する救済は、上告人の録音物を複製し、又は他人にその複製を許諾する者による侵害行為を抑止するための差止め（injunction）による救済である。合法的にも、違法にも使用できる機器の製造、販売、広告を禁止することは許されない。

(二) 被上訴人の録音機器の販売は、著作権侵害による複製を促しているかもしれないが、被上訴人は購入者に許諾を与えたとはいえない。侵害の「許諾」を与えるとは、明示的であると黙示的であるとを問わず、問題となる行為をする権限を与えることである。合法にも違法にも使用し得る複製機器の提供は、複製についての権限を与えることにはならない。また、いったん機器を売却した後は、機器購入者の行為を制御・管理し得るものではなく、複製するかしないか、何を複製するかは機器購入者が自由に決めることである。被上訴人の機器の機能、ないし被上訴人の広告宣伝の内容から、被上訴人が録音物の複製に必要な許可を与える権限を有すると合理的に推測する購入者は存在しない。したがって、被上訴人の機器の販売、広告宣伝活動をもって「許可」を与えたということとはできない¹²⁴。

では、侵害にのみ用いられる専用品が提供された場合はどうか。裁判例の中には、「ほぼ必然的に侵害に供される物品（＝専用品）を提供する行為（placing in the other's hands materials which by their nature are almost inevitably to be used for the purpose of an infringement）」について許諾責任を認めるものがある¹²⁵。しかし専用品であっても、当該専用品の取得者が著作権者から許諾を得た上で製品を使用したり、著作権の制限規定に服する行為（the permitted acts）のために製品を使用するなど、合法的に使用することも考えられる以上、専用品を提供したというだけで、侵害行為の許諾を与えたとはまではいえないとされる¹²⁶。

¹²⁴ 同趣旨の判決として、A & M Records Inc. v. Audio Magnetics Incorporated[1979]F.S.R.1, Amstrad Consumer Electronics Plc v The British Phonographic Industry Ltd[1986]F.S.R.159がある。

¹²⁵ オーストラリアの裁判例であるが、RCA Corporation v John Fairfax & Sons Ltd[1982]R.P.C.91 (Sup.Ct.of New South Wales) 参照。

¹²⁶ 前述の〔CBS 最高裁判決事件〕も、同判決は許諾責任の範囲を広く捉えすぎであると批判している。特にイギリス著作権法では、専ら侵害複製物を作成するための道具を提供する行為が二次侵害行為として規定されているのであり、専用品の提供者に許諾責任を認めるならば、この二次侵害規定の意味は全くなくなってしまうことになる。

ところで、〔CBS 事件最高裁判決〕は、侵害に供される物品の提供者が、物品提供後、その物品の取得者による使用行為をコントロールできないということを、許諾責任を否定する根拠として挙げているが、では逆に、物品の提供者が物品の取得者による物品の使用態様をコントロールする権限を有している場合には、許諾責任を負うことになるだろうか。この点については、判断が分かれるところである。

例えば、コモン・ロー法圏に属するオーストラリア法の裁判例は、侵害行為に対する支配可能性がある場合には広く許諾責任を認める傾向がある。例えば、大学構内に設置した複写機で私人が違法な複製を行った場合に、大学側が複写の素材となる書籍と複写機を提供し、複写機の管理権限があったことから、違法な複写を抑止する能力を有していたとして、大学が違法な複製に許諾を与えていたとする最高裁判決がある¹²⁷。また、最近では、いわゆるファイル交換ソフトの提供業者の行為について、ユーザーによる違法行為を減少させ得る技術的措置を一切講じていないこと、むしろユーザーの著作権侵害を奨励・誘発する活動を行っていること、広告料収入を得ていること、などを理由に、許諾責任を肯定している¹²⁸。

しかしこうしたオーストラリア法の方向性は、必ずしもコモン・ロー法圏において広く受け容れられているわけではないようである。例えば、カナダでは、オーストラリアと同様の事案において、許諾責任が否定されているし¹²⁹（同判決では、Moorhouse 事件判決の立場は、イギリスやカナダの先例と異なるものとして位置付けられている）、先に見た〔CBS 事件最高裁判決〕も、Moorhouse 事件の考え方に慎重な態度を採っている¹³⁰。また、イギリスの代表的な解説書は、アメリカの Grokster 事件で問題となった非中央管理型ピア・ツー・ピアソフトの提供について、CBS 事件と同様に、合法にも違法にも使用し得る汎用品の提供が問題となっていることから、侵害責任は認められないと解説している¹³¹。

許諾責任が成立するためにはあくまで許諾者の許諾によって侵害行為が行われているという明示的又は黙示的な状況が必要である。侵害者の行為への支配可能性は、そうした状況を認定する際の重要な考慮要素であることは間違いないが（侵害行為への支配可能性がなければ原則として許諾

¹²⁷ Moorhouse v University of New South Wales[1976]R.P.C.151

¹²⁸ Universal Music Australia Pty Ltd v Sharman Licence Holdings Ltd[2005]FCA1242.

¹²⁹ CCH Canadian Ltd v Society of Upper Canada[2004]SCC13(Sup Ct).

¹³⁰ 〔CBS 事件最高裁判決〕は、同判決を引用しつつ、同判決の考え方についてどのような立場を採るにせよ（Whatever may be said about this proposition）と断った上で、同判決の基準に照らしても、被告に許諾責任を認めることはできないと結論付けている。

¹³¹ Copinger and Skone James on Copyright, p.1020.但し、Grokster 連邦最高裁判決が出される前の解説である点に注意を要する。

責任は成立しないであろう), しかし侵害行為への支配可能性があるから
とって、常に侵害行為の許諾を与えたとはいえないということであろう
¹³²。特にイギリス法では、直接の侵害行為に供される物品の提供に関して、
一定の要件の下で二次侵害として規制する構成を採っているため、許諾責
任の範囲を拡張的に解釈すると、わざわざ限定的に二次侵害行為を規定し
た意味が損なわれてしまうだろう。そうしたことから、イギリス法では、
許諾責任の成立範囲は限定的に解釈される傾向にあるようである。

イ. 二次侵害責任

(ア) 二次侵害規定の概観

二次侵害は、一次侵害と異なり、著作権侵害に対する主観的認識 (guilty knowledge) が必要とされる。

また、二次侵害として規定される行為類型には、①侵害複製物の輸入 (importing infringing copy) [22条], ②侵害複製物の所持・取引 (possessing or dealing with infringing copy) [23条], ③侵害複製物を作成するための手段の提供 (providing means for making infringing copies) [24条], ④違法な実演のための施設の使用を許可する行為 (permitting use of premises for infringing performance) [25条], ⑤違法な実演のための機材の提供行為 (providing apparatus for infringing performance) [26条], ⑥プログラムに関して、コピープロテクションの回避装置ないし回避情報の提供 (supplying a device or information designed to circumvent any anti-copying measure by the owner of the copyright in that software) [296条], ⑦送信の無許諾受信のための機器の製造等 (any apparatus or device designed or adapted to enable or assist persons to receive the programmes or other transmissions) [298条] がある (※二次侵害に列挙された行為のうち、我が国の間接侵害を論じる際に重要と考えられるのは、③～⑤の二次侵害行為であるため、本報告では専ら③～⑤を検討対象とする)。二次侵害と一次侵害 (特に許諾責任) は相互に排斥的なものではなく、一つの行為が一次侵害と二次侵害の両方を構成する場合もある。なお、二次侵害の「許諾 (authorise)」は、許諾責任の対象とはならないが、共同不法行為者としての責任が成立する場合がある¹³³。

¹³² id,p.453.

¹³³ Id, p.1017.

(イ) 主観的要件 (guilty of knowledge) の検討

二次侵害の成立には、主観的要件が必要である。すなわち、行為者に侵害の現実の認識 (actual knowledge) 又は擬制的認識 (constructive knowledge) が認められる場合にのみ二次侵害が成立する。

侵害の現実の認識とは、行為者が侵害の事実を現実に認識していたか、又は、そのように確信するに足る事実を有しているか否か (whether the defendant himself had either actual knowledge or any facts which might give grounds for believing that copyright had been infringed) を問題とするものである。行為者が侵害事実を認識できたのに目を背けた (turn a blind eye) ために侵害の事実を認識できなかった場合 (Nelsonian knowledge) にも、現実の認識があるとされる¹³⁴。

これに対して、擬制的認識とは、侵害が発生すると確信する合理的な理由があること (reason to believe) をいう。これは、侵害者の立場にある合理的な一般人がそこから侵害の確信に至るに十分な前提事実を侵害者が知得していたか否か (whether a reasonable man, in the defendant's position and in possession of that knowledge would have believed that an infringement had taken place) をいうものである。侵害の疑義 (suspicion) が生じる程度では、擬制的認識があるとはいえない¹³⁵。

侵害行為当初は擬制的認識がない場合でも、権利者による侵害事実の警告により、侵害の前提事実を知った場合、以後、擬制的認識の成立が認められる。但し、警告によりいきなり擬制的認識が肯定されるわけではない。合理的な一般人が調査等を経て侵害の事実を確信するまでの時間的猶予 (the allowance of a period of time to enable the reasonable man to evaluate the facts to convert them into a reasonable belief) が与えられる¹³⁶。この場合、調査の

¹³⁴ Columbia Picture Industries v Robinson[1987]Ch.38.

¹³⁵ ところで、学説には、二次侵害行為は刑事罰の適用もある行為であるから (107条)、擬制的認識の解釈は慎重であるべきであるとし、合理的な一般人ではなく、あくまで行為者自身を知り得たという場合にのみ、擬制的認識を認めるべきであるという考え方もあるようである (Hugh Laddle, Peter Prescott, Mary Vitoria, Adrian Speck and Lindsay Lane, *The Modern Law of Copyright and Designs*(3rd ed.2000)717, 19-6)。この考え方は、擬制的認識は、権利者側の「現実の認識」の主張立証責任を軽減するために認められたものにすぎないため、権利者側が合理的な一般人であれば、侵害を確信するに足る事実を侵害者が保有していたことを主張立証しても、被疑侵害者がそうした事実から自分自身が侵害の確信を得ることができなかったという特別な事情を主張立証することに成功すれば、擬制的認識の成立は否定されることになる。こうした特別な事情としては、例えば、出版社 (被疑侵害者) が一次侵害者 (小説家) から原典の出所についてもっともらしい説明を受けていた場合などが考えられる。

¹³⁶ La Gear Inc. v Hi-Tec Sports plc[1992]F.S.R.121,CA.

有無や程度は、裁判所による擬制的認識の認定において考慮される¹³⁷。例えば、警告により侵害の疑義が生じたにもかかわらず、調査等を怠った者は、擬制的認識があるとされる。

また、いずれの認識が問題となる場合でも、違法性の認識までは不要である。侵害事実を認識しつつ、法の不知・誤解のために違法性の認識が欠如していたという場合も、現実の認識があるとされる。

以上のような二次侵害における主観的要件は、1911年法において初めて導入されたものである。1911年法以前の裁判例では、二次侵害も一次侵害同様、厳格責任（strict liability）であり、行為者の主観的認識がなくても成立するものとするものがあった¹³⁸。1911年法は、こうした運用を改めるために、条文上、主観的要件を明確に規定したのである。ただし、1911年法・1956年法は、主観的要件について、「現実知って（knowingly）」という規定の仕方をしていたため、旧法下の裁判例は、幾つかの例外はあるものの、擬制的認識では二次侵害は成立しないとしていた¹³⁹。しかし現実の認識を立証することには困難が伴うことから、1988年法は、権利者側の立証責任の負担を軽減化することを目的として、現実の認識に加えて、擬制的認識でも、二次侵害が成立することを明文化したのである¹⁴⁰。

（ウ）個別の行為類型の検討

a. 侵害複製物を作成するための手段の製造・販売等（24条）

24条は、1項において、特定の著作物を複製するために特別に設計又は適合された物品（an article which is specifically designed or adapted for making copies of that work）を、それが違法複製物の作成に用いられることを知りつつ、製造・販売等する行為を規制している。ここでいう物品とは、複製のための専用機器（dedicated copying equipment）のことであり、具体的には、写真のネガ、鋳型、原盤などが念頭に置かれている。複写機やテ

¹³⁷ Copinger and Skone James on Copyright, supra p.461.

¹³⁸ Hanfstaengl v. W H Smith & Sons, [1905]1Ch 519（著作権侵害の事実を知らずに侵害記事を含む雑誌を販売した雑誌販売業者が、権利者による警告後、直ちに出版停止の措置を採ったにも関わらず、損害賠償の責任を負うとされた）。

¹³⁹ Van Dusen v Kritiz[1936]2K.B.176 ; R.C.A. Corporation v Custom Cleaned Sales Pty Ltd[1978]F.S.R.576 など参照。ただし、旧法下の裁判例の中にも、擬制的認識で二次侵害の成立を認めるものもあった（Albert v Hoffnung & Co. Ltd[1921]22S.R.75 ; Infabrics Ltd v Jaytex Shirt Co. Ltd[1978]F.S.R.451 など）。

¹⁴⁰ この経緯については、490HL Official Report（5th series）cols 1213,1218 参照。

ープレコーダー，レコード・テープのような汎用的な複製機器・媒体は本条の規制対象とならない¹⁴¹。

なお，24条1項は，複製権侵害に用いられる物品の所持・販売を規制するものであり，著作権侵害一般に用いられる物品の所持販売を規制するものではないから，例えば著作物の実演その他の伝達方法に用いられる物品については，本条の対象外となる¹⁴²。ただし，こうした行為が，26条2項により規制される場合がある。また，本条では，「物品（articles）＝有体物」が規制の対象となっており，無体物の提供については，2項で規制されることとなっている。

次に，2項では，受信者によって違法複製が行われることを知りつつ，遠距離通信によって著作物を転送する行為（transmit a work by means of a telecommunications system）が規制されている。例えば，侵害複製物を作成させるために，侵害者に著作物をファックスで送信する行為などが考えられる。転送時に著作物の複製が行われる場合や，転送が公衆に向けられたものである場合には，一次侵害が成立する。

以上が24条の概要であるが，同条の規制対象となる物品の製造や著作物の転送は，それ自体が，一次侵害（複製権侵害）となる場合も多いと考えられる。そのため，同条項が実務上活用されることは，ほとんどないようである。

b. 違法な実演のための施設の使用を許可する行為（25条）

25条は，文芸・音楽作品に関して，公の娯楽の場で，上演・演奏のためにその場所の使用を「許可」した者は，許可を与える際にその上演・演奏等が著作権を侵害するものではないと合理的な根拠に基づき確信を有していない限り，二次侵害となることを規定している。

実演の「許諾（authorize）を与えた者は，許諾責任を負うが，本条は，これとは別個独立に，実演のための施設提供者の責任を定めた者である。

本条に基づく責任は，許諾責任とは異なり，許可者が被許可者（実演者）に対し人的な支配権を有する必要はなく，許可者が被許可者（実演者）の

¹⁴¹ ちなみに、本条の立法過程では、「その種の作品の複製用に設計された物品（an article designed for making copies of that class of works）」をも包括的に規制すべきとの検討もなされたようであるが、拒絶され、最終的に、本文のように「特定の作品の複製物（infringing copies of “that work”）」を作成するための物品に限定されている（Hansard, HL, Vol490,col.1217）。

¹⁴² 例えば、ピアノの自動演奏用音楽ロールは、複製物（copying）ではないから（Boosey v Wright[1900]1Ch.122；Mabe v Connor[1990]1K.B.515）、かかる物品の所持等は、二次侵害とはならないとされる（Robert M. Merkin& Jack Black, Copyright and Designs Law, supra 7-12）。

使用する施設の管理支配権を有していればよい¹⁴³。

次に、本条の「許可」があったというには、特定の実演のために施設が使用されることを許可したこと（gave permission for that place to be used for “the performance”）が必要である。公での上演を行なうための施設使用の一般的な許可を与えたという程度では同条の責任は成立しない¹⁴⁴。裁判例においても、施設管理者が実演される楽曲を知っていた場合には、その実演のために施設を使用することを「許可」したといえるが¹⁴⁵、実演される音楽が実演家に委ねられていた場合には、「許可」があったとはいえないとされている¹⁴⁶。かりに、後者の場合にも、同条の責任を認めるとなると、施設管理者は、実演家がどのような実演を行なうかを事前に調査したり、確認しなければならなくなるが、そうした義務を施設管理者に課すことは、施設管理者に、多大な負担を強いる結果になると考えられるからである。

本条に基づく責任は、許諾責任とは異なり、行為者の主観的要件を前提とするが、その主観的要件の規定の仕方については、他の二次侵害規定のように、当該実演が侵害を構成するとの認識がある場合に限り侵害が成立するとするのではなく、当該実演が非侵害であるとの積極的な確信（a positive belief of non-infringement）がない限り、侵害が成立するとしている。これは、施設使用者が特定の実演のために使用を許可している場合には、当該実演が著作権侵害の有無についての調査が容易であり、施設使用者に対し、実演が著作権を侵害しないと自ら確信を抱くための積極的な措置を講じさせることとし、これに違反して漫然と施設を貸与した場合には、二次侵害として対処する一方で、こうした措置を合理的に行っている場合には、二次侵害を免責するという考え方に基づくものである¹⁴⁷。こうした規定振りから、本条の主観的要件の主張立証責任は、被告が負担することとされている。すなわち、原告側が被告が管理権を有する施設を侵害者に実演のために使用することを許可し、現に侵害に用いられたことを主張立証すれば、被告側が当該実演が非侵害であるということについて合理的な根拠に基づいて確信していたことを主張立証する必要がある。

¹⁴³ 裁判例は、ここでいう「施設」の意味を、その場所の性質を問わず、公の実演が行われている間は、その実演のための場所（a place of public entertainment）と解するようである。従って、実際には、公に（in public）と変わらないようである。

¹⁴⁴ Halsbury Laws Vol9(2).222.

¹⁴⁵ 旧法の事例であるが、Performing Right Society Ltd v Bray U.D.C.[1930]A.C.377（許諾責任と同時に二次侵害も肯定）。

¹⁴⁶ 旧法の事例であるが、Performing Right Society Ltd v Ciry Theatrical Syndicate, Ltd[1924]1K.B.1；Performing Right Society v Mitchell and Booker Ltd[1924]1K.B.762(被告の代位責任を肯定しつつ、二次侵害の責任を否定)。

¹⁴⁷ Hugh Laddle, Peter Prescott, Mary Vitoria, Adrian Speck and Lindsay Lane, The Modern Law of Copyright and Designs(3rd ed.2000)730, 19-27.

c. 違法な実演のための機材の提供行為（26条）

26条は、公の上演・演奏により、又は、録音物の公の再生や映画フィルムの上映により、著作権の侵害が生じた場合に、そうした侵害に寄与した一定の幫助行為を規制対象とするものである。具体的には、①侵害のために用いられる装置又はその実質的な部分の提供者（equipment suppliers）、②自己の管理する施設内に機材を持ち込むことを許可した者（occupiers of premises）、③侵害に用いられる録音物や映画フィルムの複製物の供給者（suppliers of sound recordings or films）、である。

まず、26条は、機器提供者の責任として、二種類の類型を規定している。第一に、提供される機器の性質がどのようなものであろうと（例えばジュークボックスのように公の実演に適したものであろうと、通常のハイファイ再生装置であらうと）、その機器が侵害に用いられることを認識している場合には、二次侵害となる（26条2項(a)）。第二に、提供される機器が公の実演に適したものである場合は、当該機器が侵害に用いられないということを合理的な根拠に基づいて確信していない限り、二次侵害となる（26条2項(b)）。すなわち、機器提供者が侵害の認識を有する場合には、対象となる機器が何であれ、二次侵害を認める一方、公の実演に用いられる機器は侵害を惹起する危険性が特に大きいことから、機器提供者に対して、侵害が生じないことを確認するための積極的な措置を講じさせることとし、そうした措置を講じていない限り、二次侵害が成立することとしたものである。これは、実務的には、主観的要件の立証責任が機器提供者側に転換されるという効果も持っている¹⁴⁸。

例えば、一般の再生装置の提供業者は、通常、本条の責任を負わないが、例えば、当該装置をレストランや公共施設など、当該装置が公の実演に用いられることが明らかな場所に設置を依頼されたような場合には、設置依頼者が著作権等管理団体（PRS, PPL など）から著作物の利用許諾を得ていないということを知っていた又は知り得たのであれば、本条の責任を負うことになる。一方、ジュークボックスなど、公の実演用に製造された機器については、機器提供時に、相手方が著作権等管理団体から著作物の利用許諾を得ているということを確認していない限り、二次侵害が成立する。この場合、機器提供者は、契約上、相手方に著作権利用許諾契約を締結す

¹⁴⁸ Hugh Laddie, Peter Prescott, Mary Vitoria, Adrian Speck and Lindsay Lane, *The Modern Law of Copyright and Designs*(3rd ed.2000)732, 19-31.以上のような考慮は、我が国の最判平成13年3月2日民集55巻2号185頁[カラオケリース事件最高裁判決]と帰を一にするものといえようか。

ることを義務付けているだけでは不十分である。

次に、②の施設提供者の責任についてであるが、機器の持込を許可した者が許諾を与えている場合は、許諾責任が成立するが、機器の持込を許可した程度では、一般に、許諾責任を負うことはないため、特に施設管理者の責任を問うために、二次侵害規定が創設された。例としては、ディスコにホールを貸し出す行為や、レストランや公共施設の管理者がジュークボックスの搬入を許可する行為などがこれに該当する。

最後に③の実演に用いるために録音・録画物を提供する者の責任についてであるが、同条では、それが侵害に用いられることの認識が必要となるため、例えば、レンタルビデオ店が商業的な顧客に大量にビデオを貸与する行為も、その提供時に、当該顧客がライセンスを取得していないことを認識している場合を除き、侵害は成立しない。

ウ．サービスプロバイダの法的責任

著作権法は、サービスプロバイダが自己のサービスを第三者が侵害のために利用していることを知った場合に、裁判所がサービスプロバイダに対して差止め命令を発することができるものと規定している（97条A,191条JA参照）。

2001年のEUディレクティブ¹⁴⁹において、サービスプロバイダのシステム（情報送信、キャッシング、ホスティング）が侵害に利用された場合にサービスプロバイダの侵害責任を免責する旨の規定が設けられたが（Article 5参照）、同時に、ネット上での侵害が横行しているという実態を踏まえて、加盟国は、第三者がサービスプロバイダ技術を用いて著作権を侵害した場合に、権利者に対し、サービスプロバイダへの差止めを求める地位を保証しなければならないとする規定を設けた（Article 8(3)）。このEUディレクティブに対し、イギリス政府は、当初、著作権法上特別な実施規定を設ける必要はないと考えていた。権利者は、悪意のサービスプロバイダに対して、コモン・ロー上の不法行為責任を追及することができると判断されたからである。しかし権利者団体の要請を受けて、最終的に現行規定が設けられることとなった。こうした経緯から、著作権法上のサービスプロバイダの責任に関する規定は、裁判所がコモン・ロー上の差止め命令を発する権限を否定する趣旨のものではなく、むしろコモン・ロー上の差止請求権があると否とに関わらず、悪意のサービスプロバイダに

¹⁴⁹ 2001/29,[2001]O.J.L167/6.

対して差止めを求めることができる特別な権利を権利者に付与したものと理解されているようである¹⁵⁰。なお、97条Aないし197条JAにおける「現実の認識」の認定は、二次侵害の「現実の認識」の認定と同様に解釈されている。

③一般民事法上の法理に基づく侵害責任

ア．共同不法行為責任（joint tortfeasor）

一般に、①侵害行為が他人との共謀（common design）により行われた場合、又は、②侵害行為が他人により惹起（procurement）された場合、当該他人は共同不法行為者（joint tortfeasor）として、侵害責任を負う¹⁵¹。

（ア）共謀による侵害責任

侵害の「共謀」は、故意に侵害を発生させることを意図したものである必要はない。侵害行為に関連するものであればよい。「共謀」の有無を認定する上で重要なのは、一方が他方に対して有するコントロール能力の程度（the extent of control actually exercised by the one over the other）である。

〔CBS 事件最高裁判決〕は、録音機器の販売行為について、販売業者は売却した機器を管理する権限も有しないし、また、当該機器は合法にも違法にも使用できることから、販売業者と購入者とが共謀して行動したということとはできないとして、共謀による侵害責任を否定している¹⁵²。

ちなみに、二次侵害は、侵害者との共謀が認定できない場合にも、行為者に侵害の認識がある場合に侵害責任を肯定するものであり、その意味で、一般民事法の観点から見た場合よりも、侵害責任が認められる範囲を拡張したものであることができる。

¹⁵⁰ Id. p.1042.

¹⁵¹ 共謀による侵害責任と誘引による侵害責任が別個の不法行為を構成するか、それとも共同不法行為責任の異なった発生原因であるにすぎないのか、という点は明らかにされていない（MCA Records Inc. v. Charly Records Ltd[2001]EWCA Civ 1441 para.36）。

¹⁵² 同判決は、Townsend v Haworth(1875)48LJ. Ch770 を引用している。右判決は、特許権の事案であるが、顧客が特許権の侵害のために用いる物質を販売し、特許が有効であった場合に保証を与えていた（indemnify）場合でも、販売業者自身を侵害者とすることはできないとしたものである。

(イ) 惹起による侵害責任

侵害の「惹起」とは、誘導(inducement)、扇動(incitement)、説得(persuasion)により特定の侵害を惹起することをいう¹⁵³。侵害に用いられる機材等を提供したことで、侵害を助長・促進した(facilitate)だけでは、「惹起」による侵害責任を肯定することはできない¹⁵⁴。〔CBS 事件最高裁判決〕は、適法にも違法にも使用できる録音機器の購入者は自らの意思によって自らの利益のために違法な録音行為を行うのであって、被告らによる機器の提供やその特長の宣伝行為が購入者らの録音の決定に影響を与えているとはいえないから、惹起責任を認めることはできないとしている。また、同最高裁は、一般論として、惹起による侵害責任が生じるためには、誘導、扇動、説得が個々の侵害者に対してなされる必要があり、かつ、特定の侵害を個別的に(identificably)惹起するものでなければならないとしている。

イ. 代位責任(vicarious liability)

被用者が使用者の職務として行った行為や、代理人が本人のために行った行為が侵害を構成する場合、使用者や本人は代位責任の法理(respondeat superior)に基づいて責任を負う¹⁵⁵。イギリスにおける代位責任は、アメリカの代位責任のように広範なものではなく、むしろ“手足理論(qui facit per alium facit)”に近いものである。著作権法上、間接侵害に関する規定が存在しないアメリカ法では、代位責任法理がその間隙を埋める法理として、著作権法に特有の発展をみせることになったのに対して、イギリス法では、間接侵害を規制する条文が存在するために、代位責任法理は一般民事法上の原則としての地位にとどまっているものと考えられる。

裁判例では、ダンスホールの所有者が雇用した楽団が著作権侵害を行った場合に、被告の代位責任を肯定したものがある¹⁵⁶。判決は、被告が代位責任を負うか否かは、原則として、楽団が被告の被用者(servant)か、独

¹⁵³ 〔CBS 事件最高裁判決〕は、惹起による侵害責任を上記のように定義付け、一般論として惹起による侵害責任を肯定している。同判決は、惹起による侵害責任を認めるにあたって、Lumley v Gye(1853)2E&B216を引用している。右判決は、原告とオペラ歌手が原告の劇場で実演を行うという契約を結んでいたところ、同じく劇場を経営する被告が右オペラ歌手に対して、原告劇場での実演を拒絶し、自身の劇場で実演するように働きかけたという事案で、被告が原告の契約上の権利の侵害を惹起した責任を負うと判示した。

¹⁵⁴ 特許権侵害の事案であるが、Belegging-en Exploitatiemaatschappij Lavender B.V. v. Witten Industrial Diamonds Ltd[1979]F.S.R.59, CA「行為を行うことを助長する(facilitate)ことは、行為を行うことを惹起する(procure)こととは明らかに異なる」としている。

¹⁵⁵ 他人を通じて行うことは自分自身が行うことでもあるとの意味。

¹⁵⁶ Performing Right Society v Mitchell and Booker Ltd, supra.

立の請負人 (independent contractor) にかによって決まるとし、被告が楽団との契約において、日々の役務の提供時間、役務の提供場所、契約期間、楽団の役務を被告が排他的に使用する旨の取り決め、被告の命令違反に対する即時解雇、楽団の役務内容を被告がコントロールする権限などが規定されていたことから、楽団は被告の被用者であると認定した。また、同事件で、被告は、楽団との間で、楽団が著作権侵害を行わないこと、被告は楽団の著作権侵害による損害を負わない旨の取り決めをしていたが、判決は、楽団が被告との雇用契約に基づき (in the course of employment)、被告の利益のために、著作権侵害を行った以上、右契約の取り決めにより、被告が免責されることはないとしている。

ウ. 過失による不法行為責任 (tort for negligence)

著作権侵害を自ら行い、又はそれに関与したといえないものであっても、他人による著作権侵害を回避できる立場にいる者がこれを回避しなかったことを理由として、過失による不法行為責任 (tort for negligence) を負うことがあるか。この点は、CBS 事件において正面から争われた。原告側は、被告が販売時に顧客による違法複製を認識できる以上、被告が顧客による侵害を放置していたことは、過失による不法行為責任を構成すると主張していた。これに対して、最高裁は、著作権者の権利は著作権法に根拠を有するが、著作権法は著作権を侵害してはならないという義務を課すのみであるから、他人が著作権侵害を行うことを防止したり、警告したりするコモンロー上の注意義務を認めることはできないとし、著作権者は、著作権侵害を行っておらず、かつ他人による侵害に関与していない者に対して、不法行為責任を追及することはできないとした¹⁵⁷。

④侵害の効果－差止め (injunction)

差止めは衡平法上の救済手段であり、一般には金銭賠償による救済が不十分な場合に認められるが、著作権の場合は、その権利の性格上、差止めが原則的な救済手段として位置付けられている。ただし、著作権についても、差止めの付与についての裁判所の裁量が全く機能しないというわけではない。裁判所は、原告が金銭的な請求にしか関心を有していない場合や、

¹⁵⁷ 同趣旨の判断は、既に Amstrad Consumer Electronics Plc v The British Phonographic Industry Ltd[1986]F.S.R.159 で行われている。

差止めを認めた場合に生じる原告の利益と被告の不利益が著しく不均衡である場合や、差止めによる救済を与えるのが衡平に反する場合には、裁判所は差止めによる救済を否定することもできる¹⁵⁸。

差止めの形式は、以下のように定められている¹⁵⁹。

○ 差止めに服する者が個人である場合

「被告は、自分自身又はその他の方法により当該行為を行ってはならない。被告は、自身に代わって、又は自身の指図により、又は自身が奨励したことにより行動する他人を通して、当該行為を行ってはならない (a defendant who is an individual who is ordered not to do something must not do it himself or in any other way. He must not do it himself or in any other way. He must not do it through others acting on his behalf or on his instructions or with his encouragement)」

○ 差止めに服する者が法人である場合

「被告は、自身が、取締役、役員、被用者、代理人を通して、あるいはその他の方法により、それを行ってはならない (A defendant which is an corporation and which is ordered not to do something must not do it itself or by its directors, officers, employees or agents or in any other way)」

⑤ 刑事罰 (offences)

著作権侵害は刑事罰の対象となる (107条)。

許諾責任に対する刑事罰は、実行行為者が侵害罪を負う場合にのみ成立する¹⁶⁰。

民事上の二次侵害に相当する行為についても、刑事罰の適用がある (具体的には条文を参照のこと)。但し、刑事罰の対象となる行為の構成要件は、民事法上の要件と異なっている点があるので、注意が必要である。

まず、24条の侵害複製物を作成するための手段の提供に関する刑事罰については、107条(3)に規定がある。民事責任と刑事責任の相違点を挙げると、第1に、取引行為 (dealing) は犯罪を構成しない (※但し、取引を行う者は通常所持するのでこれは余り重要な違いはない)、第2に、民事では二次侵害者による所持が業務の過程 (in the course of business) で行われる必要があったが、刑事では、当該物品が侵害者の業務の過程で侵

¹⁵⁸ Halsbury, Vol9(2) supra, p.270.

¹⁵⁹ Copinger and Skone James on Copyright, Vol2 J2 x ii.

¹⁶⁰ William Nelson v Mark Rye and Cocteau Records Ltd[1996]FSR313.

害物の販売や賃貸のために用いられるとの認識があればよい、第3に、民事では、当該物品が単に侵害に用いられるとの認識があればよいが、刑事では、当該物品により作成された侵害物が商業目的を有することの認識が必要である。直接侵害に対する刑事罰は、明白な商業的意図を持った行為（販売や賃貸）に限定されている。ゆえに、刑事罰の対象となる二次侵害行為は、商業的意図を持った侵害行為のために行われたものである必要がある反面、二次侵害者自らが商業的意図を持つことは要しないと考えられたのであろう。

さらに、著作権法107条(3)は、公の実演、演奏、上映について、直接の実行行為者以外に、侵害をもたらす行為（*cause the work to be performed*）も刑事罰の対象となることを明らかにしている。侵害を「もたらす（*cause*）」とは、使用者が被用者を介して行う行為や、本人が代理人を介して行なうことを指すと解されているので、著作権侵害につき一般民事法上の代位責任を負う者が107条(3)に該当する者と解される。

なお、著作権法は著作権侵害の共犯者（*accessory*）の刑事責任を排除していないから、著作権法上刑事罰の対象となる行為を行った者以外の者も、一般刑事法上の教唆・幫助・誘引罪（*aiding, abetting, counseling, procuring*）、コモン・ロー上の誘因（*incitement*）罪に問われる場合がある。

4. 民法からのアプローチ

(1) 序

4. では、民法からのアプローチとして、権利侵害行為それ自体を行う者以外の者に対して、民法上いかなる請求が考えられるか（差止請求は可能か）について、共同不法行為責任、及び、物権的請求権の2つの角度から検討を行うとともに、2. で検討した近時の判例・裁判例の中の主なものに対して民法の観点から適宜コメントを加えることとする。

(2) 共同不法行為責任

権利侵害行為それ自体を行う者以外の者に対する請求として、権利侵害行為を教唆・幫助した者に対し共同不法行為責任（民法719条2項）を追及することが考えられる。すなわち、権利侵害行為それ自体を行わなくても、他人をそそのかせて不法行為をする意思を決定させた者は教唆者として、また、他人の不法行為に対する補助的行為をした者は幫助者として、いずれも共同行為者とみなされ、損害賠償責任を負うことになる（同条2項、1項）。

しかし、不法行為の効果として原状回復の原則がとられているドイツ民法¹⁶¹や、現物賠償の原則がとられているフランス民法¹⁶²とは対照的に、日本民法においては金銭賠償の原則がとられている（民法722条1項、417条）ことに留意しなければならない。日本民法においては、原状回復は名誉毀損の場合にのみ例外的に規定されているにとどまり（民法723条）、判例・学説ともそれ以外の場合については不法行為の効果としてこれを否定するのが一般的である¹⁶³。また、差止めについても、一部の学説や下級審裁判例を除いて、不法行為の効果としてはこれを否定する立場が一般的である^{164 165}。

¹⁶¹ ドイツ民法249条。本報告書3. (1)③も参照。

¹⁶² 山口俊夫・概説フランス法（下）217頁以下。本報告書3. (2)も参照。

¹⁶³ 大判大正10年2月17日民録27輯321頁参照。平井宜雄・債権各論II105頁は否定説が判例通説であるとする。

¹⁶⁴ 平井・前掲注(163)106頁及び川井健・民法概論4債権各論490頁参照。なお、高部眞規子・最判解民平成13年度上128頁は、著作権を自ら侵害するものではない著作権の教唆・幫助を理由に直ちに差止めを認めることは、不法行為を理由とする差止めを一般的に認めることにつながりかねないとして、これに反対する。

¹⁶⁵ 近時、不法行為の効果として差止めを認めようとする学説も一部で有力に主張されているが、要件論を含めて、学説間ではいまだ生成途中の議論にとどまる。

(3) 物権的請求権

判例・学説は、物権が侵害された場合だけではなく、「人格権としての名誉権」など「排他性」のある権利が侵害された場合の効果としても差止請求を認める立場をとっている¹⁶⁶が、権利侵害行為それ自体を行う者以外の者に対する請求の可否については、以下のように物権が侵害された場合について学説上の議論がみられるにとどまる。

学説は、物権的妨害排除請求権の相手方は妨害行為自体を行っている者に限られないとする立場が一般的である。

たとえ第三者の行為によって妨害が生じた場合でも、「現に妨害を生じさせている事実をその支配内に収めている者」¹⁶⁷、あるいは、「妨害状態を維持している者」¹⁶⁸については、請求の相手方とすることを認めるのが伝統的な通説である（そのほか、第三者の行為によって生じた場合を念頭に置いているかどうか不明であるが、妨害状態を法律上除去しうる地位にあるなど「侵害状態について責任を負うべき者」¹⁶⁹を挙げる見解もある）。

したがって、権利侵害行為自体を行うものではなく教唆・幫助をするにとどまる者については、権利侵害行為と因果関係を有する行為を行う者ではあるが、権利侵害行為自体を行うものではなく¹⁷⁰、また、第三者の権利侵害行為を必ずしも自己の支配内に収めているわけでもないので、直ちに差止請求の相手方として認められることにはならない。

なお、ドイツの物権的妨害排除請求権に関する判例・学説では、第三者の行為によって妨害を惹起した者についても、第三者の行為による妨害との間に「相当因果関係」があり、第三者の侵害行為がその者の「行為」ないし「意思活動」といえる場合には、その者は間接妨害者として妨害排除請求の相手方として認められている¹⁷¹。

¹⁶⁶ 最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁及び川井・前掲注(164)106頁参照。

¹⁶⁷ 我妻栄＝有泉亨・新訂物権法266頁のほか、我妻栄編・判例コンメンタル物権法229頁〔遠藤浩〕、末川博・物権法44頁、柚木馨＝高木多喜男・判例物権法総論〔補訂版〕459頁、金山正信・物権法総論70頁も同旨。

¹⁶⁸ 於保不二雄・物権法上40頁のほか、舟橋諄一・物権法48頁、稲本洋之助・民法II物権83頁も同旨。

¹⁶⁹ 林良平・物権法36頁のほか、近藤英吉・改訂物権法論9頁も同旨。

¹⁷⁰ 前掲注(164)の高部解説の指摘を参照。

¹⁷¹ 小川保弘・物権法研究36頁以下。本報告書3.(1)③も参照。

(4) 2. で検討した近時の裁判例について

① 侵害の主体性に関する判例・裁判例

物理的に侵害行為をしているわけではないが規範的な観点から著作権侵害の主体と認められる場合に関する判例・裁判例がみられる（ただし、損害賠償に関する事件を含む）。

ア. カラオケスナックに関する事件

カラオケスナックに関する最判昭和63年3月15日民集42巻3号199頁¹⁷²は、(a)客の歌唱に対する管理、及び、(b)営業上の利益を増大させる意図、という2つの判断要素からカラオケスナックを侵害主体として認めている¹⁷³。

まず、(a)の要素については、日本における物権的妨害排除請求に関する議論との類似性をみることができる¹⁷⁴。次に、(b)の要素については、これまで検討した民法上の議論には出てこなかったが、やや関連するものとして、自賠法3条の「運行供用者」については「運行支配」と「運行利益」が問題とされている。また、民法715条の使用責任についても報償責任（利益の存するところ損失〔つまり責任〕あり）という説明がなされている。ただし、いずれももっぱら「損害賠償責任の主体性」を念頭に置いた議論であること、及び、いずれの「利益」についても非常に抽象的なレベルのものを問題としている点が異なることに注意する必要がある¹⁷⁵。

イ. ファイル交換に関する事件

ファイル交換に関する東京高判平成17年3月31日最高裁HPは、侵害の主体性に関して、(a)サービスの性質、(b)管理性、(c)提供者の利益

¹⁷² カラオケリースに関する最判平成13年3月2日民集55巻2号185頁も参照。

¹⁷³ そのほか、カラオケ店に関する東京地判平成10年8月27日知裁集30巻3号478頁、バレエ上演の主権者に関する東京地判平成10年11月20日知裁集30巻4号841頁も、同様の判断をしている。

¹⁷⁴ ただし、客の行為自体は違法ではない点に留意する必要がある。

¹⁷⁵ 上記の検討につき、寄与侵害・間接侵害委員会編・寄与侵害・間接侵害に関する研究53頁〔鎌田薫〕参照。

の存在、の3つの要素を問題としており¹⁷⁶、(b)(c)については上記のカラオケ法理と共通する。

本判決は、上記の(a)(b)(c)の3要素による総合考慮を導く前提として、ファイル交換サービスが、(i)その性質上具体的かつ現実的な蓋然性をもって特定の種類の違法な著作権侵害行為を惹起するものであり、(ii)同サービス提供者がそのことを予想しつつ同サービスを提供して、そのような侵害行為を誘発し、(iii)しかもそれについての同者の管理があり、(iv)同者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ことを、侵害の主体性に関して問題としている点に特色があり、特に(i)(ii)の要素については、ドイツにおける物権的妨害排除請求に関する議論との類似性を指摘することができる。

②著作権侵害の幫助者と差止めに関する裁判例

通信カラオケのリースに関する大阪地判平成15年2月13日判時1842号120頁は、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、(a)幫助者による幫助行為の内容・性質、(b)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、(c)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、(i)幫助者の行為が当該著作権侵害行為に密接なかかわりを有し、(ii)当該幫助者が幫助行為を中止する条理上の義務があり、(iii)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して差止請求の相手方になるとした。

上記の(b)については日本における物権的妨害排除請求に関する議論との類似性を、(i)(ii)についてはドイツにおける物権的妨害排除請求に関する議論との類似性をそれぞれ指摘することができる。

上記判決は、著作権侵害の幫助者に対する差止めを著作権法112条1項に基づいて認めたものであるが、これに対し、大阪地判平成17年10月24日判時1911号65頁（選撮見録事件）は、(a)侵害行為に対する「管理・支配の程度」が強いとはいえないことを理由に、著作権侵害行為を幫助しているということはできるが侵害行為の主体として認め

¹⁷⁶ 原審の東京地中間判平成15年1月29日判時1810号29頁も同様の立場をとる。

ることはできない、として著作権法112条1項の適用を否定しつつ、(b)同条同項の類推適用により差止めを認めている。(a)において侵害行為に対する「管理・支配の程度」を問題とする点は、上記判決と同様であり、日本における物権的妨害排除請求に関する議論との類似性を指摘できる。

③著作権侵害の幫助と主体性に関する裁判例

一方、インターネット掲示板2ちゃんねるに関する下記の事件では、侵害行為の幫助と主体性の両方にまたがる議論が展開された。

東京地判平成16年3月11日判タ1181号163頁は、(a)権利侵害を教唆、幫助し、あるいはその手段を提供する行為に対して、一般的に差止請求権を行使し得るものと解することは、不法行為を理由とする差止めが一般に許されないとするのと矛盾するだけではなく、差止めの相手方が無制限に広がっていくおそれもあるとして、これを採用することはできない、と判示しつつ、(b)「もっとも、発言者からの削除要請があるにもかかわらず、ことさら電子掲示板の設置者が、この要請を拒絶して書き込みを放置していたような場合には、電子掲示板の設置者自身が著作権侵害の主体と観念されて、電子掲示板の設置者に対して差止請求を行うことが許容される場合もあり得」る、とした。

一方、控訴審の東京高判平成17年3月3日判タ1181号158頁は、「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」とした。

両判決は、前者が差止めを否定し後者が肯定したという結論においては対立しているが、地裁判決の(b)及び高裁判決は、いずれも、第三者による著作権侵害を放置したことを侵害行為とみる点で共通性を有する。掲示板の管理者は、侵害行為を容易に除去しうる地位にあるが、掲示板の設置行為によって第三者による著作権侵害行為を直ちに惹起したものとは言いがたいので、権利侵害状態を知りながら放置したことをもって初めて管理人の行為（意思活動）として差止めの相手方になりうると判示したもの

とみることができる。¹⁷⁷

なお、名誉を毀損する匿名掲示板への書き込みがあることを知りながら管理人が放置した事例で、書き込みの削除（および損害賠償）を命じたものとして、（i）東京地判平成14年6月28日判時1810号78頁、及び、（ii）控訴審の東京高判平成14年12月25日判時1816号52頁（2ちゃんねる動物病院事件）、（iii）東京地判平成15年6月25日判時1869号46頁、がみられる¹⁷⁸。いずれの判決も削除請求を認める理論構成が必ずしも明快ではないが、（iii）判決が、（α）人格権としての名誉権に基づき侵害行為の差止めを求めることができるとするのが判例（最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁）であること、（β）「他人の権利を侵害する発言が本件掲示板に書き込まれた場合、当該発言を削除するなど、当該発言の送信防止措置を講ずる条理上の作為義務を負うもの」であり、「被告は、本件通知後速やかに、本件各発言を削除するなどの送信防止措置を講ずる義務を負ったものである」こと、（γ）被告は「これを行わず、送信を継続して原告の人格権としての名誉を毀損し、人格権としての名誉感情を侵害している」こと、などを理由に削除請求を認めているのは、上記と同様の考え方に立つものとみることでもできよう。

¹⁷⁷ 両判決は必ずしも明確に論じていないが、権利侵害行為の放置が管理人の行為とみなされるためには、管理人がどのような場合にいかなる削除義務を負うべきかに関する慎重な判断を踏まえるべきだろう。

¹⁷⁸ 東京地判平16年5月18日判タ1160号147頁は、名誉を毀損する匿名掲示板への書き込みの削除を命じた事例であるが、管理人が適時に削除またはマスキングの措置をとったため、マスキングの措置をとった書き込みの一部について削除が命じられただけで、損害賠償請求は否定された。

5. 特許法からのアプローチ

(1) 特許法上の直接侵害と間接侵害

特許法におけるいわゆる直接侵害とは、特許権者に無断で特許発明を業として実施することをいう（68条・2条3項各号）。一方、特許法におけるいわゆる間接侵害とは、直接侵害の予備的・幫助的行為のうち、直接侵害を誘発する蓋然性の高い行為として101条に規定されたものをいう。具体的には、①特許発明の実施にのみ用いられる物の生産・譲渡等する行為（1号・3号）および、②発明の実施に用いられる物でその発明の課題の解決に不可欠なものを情を知りつつ生産・譲渡等する行為（2号・4号）が間接侵害として規制されている。特許法が間接侵害を規制している趣旨は、直接侵害を惹起する危険性の高い前段階の行為を抑止することで、特許権の実効性を高める点にある。特に、直接侵害が多数の者によって行われているために、その全てを抑えることが困難な場合には、その前段階の行為を規制することは、直接侵害を効果的に抑止することが可能となる。間接侵害が成立すれば、差止め・損害賠償等の民事上の救済の他、刑事罰の適用も受けることになる（196条）。

(2) 特許法上の間接侵害規定（101条）の趣旨・概要

①沿革

特許法に間接侵害規定が導入されたのは昭和34年法による。昭和34年法では、発明の実施にのみ用いる物（＝専用品）の提供行為が専ら規制の対象となっていた（旧特許法101条1号・2号）。立法検討過程では、アメリカの寄与侵害の考え方を参照し、規制対象を専用品に限定することなく侵害に不可欠な物品まで広げる代わりに、行為者の侵害発生への認識を要求するという案も検討されていたが¹⁷⁹、行為者の主観的認識の立証の困難性が問題視され、主観的認識を要件としない代わりに規制対象品を専用品に限定するということで解決をみた。

しかし昭和34年法では、他の実用的な用途がある中性品については悪

¹⁷⁹ 特許庁編『工業所有権制度改正審議会答申説明書』108頁（発明協会・1957年）。立法検討過程では主にアメリカ法が参考にされ、アメリカ法における積極的誘引行為（active inducement of infringement）や寄与侵害（contributory infringement）の規制の導入が検討されていた。

意で提供した場合も間接侵害とはならないため、間接侵害の成立範囲が狭すぎるという問題点が指摘されていた¹⁸⁰。この問題は特にソフトウェア関連技術の発達に伴い、深刻化していった。例えば、コンピュータプログラムは、設計の効率化を図るために、複数の部分（モジュール）に分けて、それぞれ独自に設計され、最終的にそれらを統合して完成させるのが一般的であるが、各部分（モジュール）は一般に他のプログラムに転用可能な汎用性を有することが多いため、ある部分（モジュール）が当該プログラムにとって重要な構成要素であったとしても、当該部分（モジュール）を当該プログラムの専用部材ということはできないため、間接侵害による権利者の救済が困難となるという点が懸念された¹⁸¹。

一方、諸外国に目を転じると、アメリカ・ドイツでは、後述するように、規制対象品を専用品以外の物品にまで拡大しつつ、侵害者の主観的認識を要求することで規制範囲が不当に拡大していくことを防止している。特許制度の国際的ハーモナイゼーションの観点からも、間接侵害規定の見直しが必要とされるに至った。

そこで、平成14年法改正により、従来の専用品に対する規制に加えて（101条1項・3号）、「発明による課題の解決に不可欠な物品」を「その発明が特許発明であること、及び、それが発明の実施に用いられることを知りながら」提供する行為が間接侵害として新たに規制されることとなった（101条2項・4項）。

②直接侵害の要否

間接侵害については、従来から、直接侵害の存在が前提となるかという点が争われている。すなわち、実施権原を有する者や、非営業者や、試験研究目的で実施を行う者への物品の提供行為のように、実施者の行為が侵害とはならない場合にも、物品の提供が間接侵害を構成するかという問題である。この点については、従来から、直接侵害の存在を前提としない立場（＝独立説¹⁸²）と、直接侵害の存在を前提とする立場（＝従属説¹⁸³）と

¹⁸⁰ その例として、旧製品との互換性を維持しつつ、新製品に特有の機能を果たすように設計された物品について、特許の対象となる新製品のみならず、旧製品にも使用可能であることを理由に間接侵害の成立が否定された事例として、東京地判昭和56年2月25日無体裁集13巻1号139頁〔一眼レフカメラ事件〕参照。

¹⁸¹ 特許庁総務部総務課制度改正審議室編『平成14年・産業財産権法の解説』（発明協会・2002年）。

¹⁸² 吉藤幸朔＝熊谷健一『特許法（第13版）』457頁（有斐閣・1998年）

¹⁸³ 中山信弘『注解特許法・上（第3版）』959頁（青林書院・2000年）〔松本重敏＝安田有三〕など参照。

が対立してきた。しかし近時の通説は、両者のいずれかの立場から結論を導くのではなく、実施者の行為が直接侵害とならない理由を吟味し、被疑間接侵害者に対して特許権者の権利行使を認めることが妥当かどうかを個別的に考えていくべきであるとする傾向にある¹⁸⁴。

③ 現行特許法 101 条の概要

ア. 専用品規制（101 条 1 号・3 号）

特許法 101 条 1 号・3 号は、『発明の実施¹⁸⁵にのみ用いる物』の生産、譲渡等、若しくは輸入又は譲渡等の申出をする行為を侵害とみなすと規定している。1 号と 3 号は、専用品を規制対象とする条項であるため、発明に用いられる物品であっても、他の用途にも用いられる物品には適用がない。ただし、他に用途があるというためには、特許発明の本来の用途以外の用途が社会通念上経済的、商業的ないしは実用的な意味のあるものでなければならず、単に他の用途に使用される抽象的ないし試験的な可能性があるというだけでは足りないとされる¹⁸⁶。他用途の有無（「にのみ」の解釈）の判断基準時は、差止めについては、侵害訴訟における口頭弁論終結時であり、損害賠償請求については、侵害時を基準に判断すべきであるとされる。

¹⁸⁴ 中山信弘『工業所有権法上（第 2 版・増補版）』421 頁（弘文堂・2000 年）、田村善之『知的財産法（第 4 版）』238 頁（有斐閣・2006 年）など参照。例えば、個人的、家庭内での実施行為は、私人の行動の自由を保証するために権利が制限されていることから、私人の実施行為を業として援助する行為に対しては権利行使を認めるべきである。一方、試験研究目的での実施は、特許法が技術の発展という政策目的を実現するために権利の効力が及ばないとしたのであるから（69 条 1 項）、その趣旨を貫徹するには、部品の提供者の行為に権利行使を認めるべきではないということになる。実施権原を有する者への提供行為については、特許権者が部品等の購入を他者から購入することを可能とする契約となっていない限り、原則として間接侵害になると解される。外国への部品の輸出については、日本の特許権が外国での実施をカバーするものではない以上、間接侵害も成立しないと解されよう（大阪地判平成 12 年 10 月 24 日判タ 1081 号 241 頁〔製パン器事件〕、大阪地判平成 12 年 12 月 21 日判タ 1104 号 270 頁〔透明剤事件〕）。

¹⁸⁵ ここでいう発明の実施とは、正確には、物の発明においては、物の「生産」、方法の発明においては、方法の「使用」をいう。

¹⁸⁶ 「にのみ」の解釈については、大阪地判昭和 54 年 2 月 16 日判時 940 号 77 頁〔組立式紙箱事件〕、東京地判昭和 56 年 2 月 25 日無体集 13 卷 1 号 139 頁〔一眼レフカメラ事件〕、前掲〔製パン器事件〕、大阪地判平成 14 年 4 月 25 日平成 11 年（ワ）5104 号〔実装基板検査位置生成装置および方法事件〕、大阪地判平成 15 年 3 月 13 日平成 12 年（ワ）6570 号〔こんにゃくの製造装置事件〕、東京地判平成 16 年 5 月 28 日平成 15 年（ワ）14687 号〔LCD 表示ドライバ事件〕など参照。

イ. 中性品規制（101条2号・4号）

特許法101条2号・4号は、発明の実施¹⁸⁷に①『発明による課題の解決に不可欠なもの』であって、②『日本国内において広く一般に流通しているものでないもの』を、③『その発明が特許発明であること及びその発明の実施に用いられるものであること』を知らながら、業として、その生産、譲渡等若しくは、輸入、譲渡等の申出をする行為を侵害とみなすと規定している。

まず、①『発明による課題の解決に不可欠な物品』とは、クレームに記載された構成要素とは異なる概念であり、発明の構成要素に該当しないものであっても、発明の実施に用いられる道具、原料等も含まれる一方、クレームの構成要素であっても、その発明解決しようとする課題とは無関係に従来から必要とされてきたものは含まれないと考えられている¹⁸⁸。同要件は、特許権の効力の不当な拡張とならないように、間接侵害規制の対象となる物を特許発明にとって重要なものに限定するために設けられたものとされる¹⁸⁹。

次に、②「日本国内において広く一般的に流通しているもの」（いわゆる汎用品）は、「発明による課題の解決に不可欠な物品」に含まれない。その例としては、ねじ、くぎ、電球、トランジスタ等、市場において一般に入手可能な規格品、普及品が挙げられている¹⁹⁰。これらの物品は市場で頻繁に取引されているため、特にこれらの物品の取引の安全性を考慮する必要があるからだとされる¹⁹¹。ただし、汎用品となる物の範囲をあまりに広く解すると、他用途が多数存在し、様々な取引に供されるものは全て汎用品ということになり、中性品の提供について間接侵害の成立を認めた特許法の趣旨を達成できないことになりかねない。そこで、ここでいう汎用品の範囲は、取引の安全という要請と、特許権の実効的な保護という要請とのバランスを考慮し、規範的に画定すべきものと解される¹⁹²。汎用品か否かの判断基準時は、差止めについては、事実審の口頭弁論終結時、損害

¹⁸⁷ ここでいう発明の実施の意義につき、（注185）参照。

¹⁸⁸ 『平成14年・産業財産権法の解説』27頁。裁判例として、東京地判平成16年4月23日判時1892号89頁〔プリント基板メッキ用治具事件〕。学説による詳細な検討として、吉田広志「多機能型間接侵害についての問題提起—最近の裁判例を素材に—」知的財産法政策学研究8号147頁以下（2005年）参照。

¹⁸⁹ 『平成14年・産業財産権法の解説』27頁。但し、2号・4号に規定された以外の物品の提供者であっても、侵害の幫助者として共同不法行為責任を負うことがあることから、同号の要件は、差止めや廃棄義務に服させるのが不適当な物品を排除するために課された要件であると理解すべきであると説くものもある（前掲・田村『知的財産法』242頁）。

¹⁹⁰ 知財高判平成17年9月30日判時1904号47頁〔一太郎事件〕。

¹⁹¹ 『平成14年・産業財産権法の解説』28頁。

¹⁹² 前掲・吉田161頁、愛知靖之〔一太郎事件判批〕L&T31号68頁（2006年）。

賠償については、過去の侵害行為の時点において判断される。

最後に、中性品については、行為者の現実の悪意が必要である。過失の有無は問題とならない。その理由としては、中性品においては、侵害用途以外の用途にも用いられる場合もあることから、善意者に対しても間接侵害の成立を認めると、部品の供給業者は、供給先で行われる他人の実施内容についてまで調査・確認しなければならないことになり、供給業者に酷であるからだとされる¹⁹³。主観的要件の充足性の判断基準時は、差止めについては、事実審の口頭弁論終結時、損害賠償は過去の侵害行為の時点とされる。一般に、行為当時に悪意でなくても、訴訟の進行につれて悪意となるのが通例であるから、差止めについては、主観的要件の存在はあまり意味をなさず、専ら過去の提供行為に関する損害賠償請求の点で意味を持つと考えられる¹⁹⁴。

（３）間接侵害以外の侵害責任

直接侵害を行っていない者について、間接侵害が成立しない場合にも、侵害行為に対して法的責任を負う場合があるか。

自ら直接実施行為を行っていないなくても、法的評価として、侵害者と認定し得る場合がある。第一に、複数の主体間に共同で侵害を実行する意思があり、複数の主体が一体となって侵害を行っている場合には、特許発明を直接実施していないものであっても、侵害者と評価されるであろう¹⁹⁵。第二に、他者との間に共同実行の意思がないとしても、他者を道具として利用し、発明を実施したと評価し得る場合には、侵害者と認定することが可能である¹⁹⁶。

次に、間接侵害に該当しない侵害の幫助・教唆行為であっても、民法719条2項の共同不法行為責任が成立する場合がある。この場合、共同遂行の意思が認められれば共同不法行為責任が成立することに異論はな

¹⁹³ 『平成14年改正 産業財産権法の解説』30頁。

¹⁹⁴ 前掲・田村『知的財産法』242頁。

¹⁹⁵ 傍論であるが、他人の特許方法の一部分の実施行為が他の者の実施行為とあいまって全体として他人の特許方法を実施する場合に、例えば一部の工程を他人に請け負わせ、自らは他の工程を加えて全工程を実施する場合や、数人が分担を定めて共同して全工程を実施する場合に、前者は注文者が自ら全工程を実施するのと異ならず、後者は数人が工程を共同して実施するのと異なるのであるから、いずれも特許権の侵害行為を構成すると判示した裁判例がある（大阪地判昭和36年5月4日下民集12巻5号937頁〔スチロピーズ事件〕）。

¹⁹⁶ 方法の最終工程以外の工程を実施し、最終工程は一般業者が機械的に行う作業であるという場合に、一般業者を道具として最終工程を実施したと評価して、特許権侵害を肯定した裁判例がある（東京地判平成13年9月20日判時1764号112頁〔電着画像の形成方法事件〕）。

いが¹⁹⁷、侵害行為が行われていることを認識し得るにもかかわらず、侵害行為を回避しなかったという場合にも、共同不法行為責任が認められる場合がある¹⁹⁸。

共同不法行為が成立する場合に、損害賠償のみならず、差止めも認められるか。この点については、特許法の差止請求権は特許権の物権的・排他権的性質に由来するものであって、特許法の規定する実施行為やみなし侵害行為に該当しない教唆・幫助行為に対しては、差止請求は認められないとするのが通説の立場である¹⁹⁹。近時、著作権法の分野では、権利侵害の実効的な抑止のために、著作権侵害の幫助者に対しても差止めによる救済を認める裁判例が登場しつつあるが²⁰⁰、特許法では、幫助行為のうち、差止めによる救済を認めるべき類型を特に間接侵害として規制しているため、間接侵害に該当しない幫助・教唆類型に差止めを認めることは、間接侵害規制を創設した趣旨を損ないかねないという指摘もなされている²⁰¹。

¹⁹⁷ 東京地判平成3年2月22日判例工業所有権法〔2期版〕2247の3頁〔部分かつらII事件〕、静岡地判平成6年3月25日判例工業所有権法〔2期版〕2623の47頁〔1α-ヒドロキシビタミンD事件〕など参照。

¹⁹⁸ 前掲・〔1α-ヒドロキシビタミンD事件〕、大阪地判平成14年4月25日平成11（ワ）5104〔実装板検査位置生成装置および方法事件〕参照。

¹⁹⁹ 後掲・裁判例及び前掲・中山『注解特許法上（第3巻）』970頁〔松本重敏＝安田有三執筆〕参照。

²⁰⁰ 大阪地判平成15年2月13日判時1842号120頁〔通信カラオケリース装置事件〕（幫助者は112条の侵害主体に準ずる立場にあるとして、差止めを肯定）、大阪地判平成17年10月24日平成17年（ワ）488〔選撮見録事件〕（112条の類推解釈により、差止めを肯定）参照。但し、こうした傾向に真っ向から反対する裁判例もある（東京地判平成16年3月11日（平15（ワ）15526）〔2ちゃんねる事件第一審〕）。

²⁰¹ 一般論として、特許権侵害の教唆・幫助につき、差止めによる救済を否定した裁判例として、前掲・〔スチロピーズ事件〕、東京地判平成16年8月17日判時1873号153頁〔切削オーバーレイ工法事件〕参照。〔スチロピーズ事件判決〕は、「教唆者・幫助者は、いずれも自ら権利侵害行為をなすものではないにもかかわらず、民法は不法行為による被害者保護の観点から、とくにこれを共同不法行為者とみなし、同一の損害賠償責任を負わしめたものにとまるのであり、これに対し特許権侵害の停止、予防請求権は、特許権が排他的な支配を内容とする権利であることよりして、当然派生する物上請求権的な権利であり、いつに特許権の内容たる排他的な支配の維持を目的とするものであって、両者制度の目的を異にするものである」としている。また、〔切削オーバーレイ工法事件判決〕は、差止請求を否定すべき理由として、①我が国の民法上不法行為に基づく差止めは原則として認められておらず、特許権侵害に基づく差止めは、特許権の排他的効力から特許法が規定したものであること、②教唆又は幫助による不法行為責任は、自ら権利侵害をするものではないにもかかわらず、被害者保護の観点から特にこれを共同不法行為として損害賠償責任（民法719条2項）を負わせることにしたものであり、特許権の排他的効力から発生する差止請求権とは制度の目的を異にするものであること、③教唆又は幫助の行為態様には様々なものがあり得るのであって、特許権侵害の教唆行為又は幫助行為の差止めを認めると差止請求の相手方が無制限に広がり、又は差止めの範囲が広範になりすぎるおそれがある、自由な経済活動を阻害する結果となりかねないこと、④特許法101条所定の間接侵害の規定は、特許権侵害の幫助行為の一部の類型について侵害行為とみなして差止めを認めるものであるところ、幫助行為一般について差止めが認められると解するときは同条を創設した趣旨を没却するものになる、という点を指摘している。

(4) 諸外国の間接侵害規定の概観

① アメリカ特許法

アメリカ特許法は、271条(a)において、直接侵害(direct infringement)について規定し、続く(b)及び(c)において、いわゆる間接侵害(indirect infringement)に相当する規定を設けている。

271条(c)は、「何人も、特許された機械、製造物、組み合わせ、もしくは混合物の構成部分、または特許された方法を実施するために使用する物質もしくは装置であって当該発明の不可欠な部分を構成するものを、それが当該特許を侵害して使用するための特別に製造されたものであること、又は、特別に変形されたものであって実質的な非侵害の用途に適した汎用品または流通商品でないことを知りながら、合衆国内で販売の申込みをし、もしくは販売し、又は合衆国内にこれらを輸入する者は、寄与侵害者としての責任を負う」と規定する。同条は、物品の供給業者の行為を規制する条項であり、一般に「寄与侵害(contributory infringement)と呼ばれている類型である。寄与侵害の成立要件は、(i) 当該物品が発明の主要な要素(a material part of the invention)であること、(ii) 実質的に非侵害用途に用いるための汎用品(staple article or commodity of commerce for substantial noninfringing use)でないこと、(iii) (i) (ii)の点について行為者が悪意であること(knowing)である。寄与侵害の規定は、我が国の特許法101条2号・4号の中性品の間接侵害規定と基本的に同種の行為を規制することを目的としたものといえることができる。

次に、271条(b)は、「特許の侵害を積極的に誘引する(actively induce)者は侵害者としての責任を負う」と規定する。同条は、他者に侵害行為を勧めたり、説得したりする行為を規制対象とするものであり、一般に積極的誘引(active inducement)と呼ばれている類型である。具体的には、特許発明の実施方法を教示するといったものがあるとされる²⁰²。

271条(b)(c)は、現行1952年法制定時に初めて制定されたが、これは従来判例法を認知的に規定したものである。従来判例法では、寄与侵害と積極的誘引とを分けることなく、いずれも広義の寄与侵害に関

²⁰² Donald S.Chisum, Pauline Newman, et al, Principles of Patent Law, third edition(2004)968.

する法理として、位置付けられてきた²⁰³。広義の寄与侵害の法理は、不法行為 (tort) の直接の行為者のみならず、当該行為に加担した者も責任を負うものとするコモンロー上の法理から導かれたものとされる²⁰⁴。

アメリカ法では、寄与侵害が成立するためには、直接侵害が存在していることが必要である²⁰⁵。但し、現実に侵害が生じたことまで必要ではなく、直接侵害のおそれが存在することをもって、足りるとされているようである。

271条 (b) (c)は、いずれも行為者の主観的意図を問題としているが、その内容は異なっている。271条 (c) の寄与侵害では、自らの行為によって侵害行為が引き起こされるということについての認識 (knowledge) があれば足り、それを意欲することまで必要ないが²⁰⁶、271条 (b) の積極的誘引では、単なる侵害の認識では足りず、侵害行為を引き起こさせる意図 (intent) が必要であるとされる²⁰⁷。

なお、特許法には、代位責任に関する規定は存在しないが、著作権法と同様に、判例法上、代位責任の成立が認められている²⁰⁸。

②イギリス法

イギリス特許法は、60条1項で、直接侵害について規定し、2項及び3項で、いわゆる間接侵害に相当する行為を規定している。すなわち、侵害者に対して、(i)『特許発明を実施するための手段であって、当該発明の本質的要素に係るもの (relating to an essential element of the invention)』を、(ii)『当該手段が連合王国内において当該発明を実施する (put the invention into effect) ことに適したものであり、当該発明を実施することが意図されたものであることを知り、又は当該事情の下で合理人であればそのことが明らかである場合において (when he knows, or it is obvious to a reasonable person in the circumstances)』、(iii)『連合王国内において、供給し、又は供給の申出をする』ことは、侵害となる(2項)。但し、(iv)『通常の商業的製品 (staple commercial product)』の供

²⁰³ 判例法上、汎用品の提供について責任除外するという法理が形成される一方で、汎用品の提供業者が侵害行為の説得・助長を積極的に行っている場合にはやはり寄与侵害を認めるべきであることから、そのための理屈として別途、積極的誘引の考え方が形成されたという経緯があるようである (Mark A. Lemley, *Inducing Patent Infringement*, 39 U.C. Davis L. Rev. 225(2005))。

²⁰⁴ Donald S. Chisum, *Chisum on Patents* (2006), Chapter 5, §17.02.

²⁰⁵ *Aro Mfg. Co. v. Convertible Top Replacement Co.*, 365 U.S. 336(1961).

²⁰⁶ *Hewlett-Packard Co. v. Bausch & Lomb Inc.*, 909 F.2d 1464.

²⁰⁷ *Manville Sales Corp. v. Paramount Systems Inc.*, 917 F.2d 544(Fed.Cir.1990).

²⁰⁸ *Baut v. Pethick Const. Co.*, 262 F.Supp. 350 (D.C. Pa. 1966); *Crowell v. Baker Oil Tools*, 143 F.2d 1003 (9th Cir. 1944), cert. denied 323 U.S. 760.

給又は申出は、それが（v）『被供給者又は被申出者による侵害を誘引（induce）する』ものでない限り、侵害としない（3項）。

（i）の「発明の本質的要素」とは、一般に「当該要素がなければ、発明を実施することができないかどうか（whether, without the element, the invention could be put into effect）」で判断するとされる²⁰⁹。我が国の101条2号、4号と同種の規定と解される。

（ii）の主観的要件は、現実の認識（actual knowledge）又は、合理的一般人の客観的認識（objective knowledge of a reasonable man）のことをいう。認識の対象は、当該物品が当該発明に適したものであることと、それが当該発明を実施するために用いられるものであることである。当該発明が特許でカバーされていることの認識までは必要ない²¹⁰。

（iii）の侵害行為の対象は、供給と供給の申出のみであって、輸入や所持は侵害とならない。

（iv）の通常の商業的製品とは、普通に入手でき、様々な方法での利用が可能な原材料や他の基本的な製品を指すと解されている²¹¹。通常の商業的製品の提供者は、提供先が侵害行為を行うことを認識しているだけでは、間接侵害に問われることはない。

ただし、（v）誘引（inducement）の意図を有する場合は、汎用品の提供も間接侵害を構成する。ここでいう誘引は、口頭でも、書面でも、明示的なものでも、黙示的なものでもよいとされる。

なお、著作権法とは異なり、特許法には、許諾（authorisation）責任に関する規定は存在しない。

③ドイツ法

ドイツ特許法（1981年法）は、10条1項において、いわゆる間接侵害の成立要件について規定する。すなわち、「特許権は、いかなる第三者にも、本法施行の地域内において、特許権者の同意を得ずに、特許発明を実施する権限を有しない者に対して、本法施行の地域内における発明の実施のために、（i）『特許発明の本質的要素に関する手段（Mittel, die sich auf ein wesentliches Element der Erfindung beziehen）』を、（ii）『その手段が特許発明の実施に適しておりかつ実施のために用いられることを、現に知っている場合もしくはそのことが周囲の状況か

²⁰⁹ Terrell on the Law of Patent 8-33 p.315.

²¹⁰ Id. 8-34.

²¹¹ Id. 8-37.

ら明らかである場合に(wenn der Dritte weiß oder es auf Grund der Umstände offensichtlich ist, dass diese Mittel dazu geeignet und bestimmt sind, für die Benutzung der Erfindung verwendet zu werden)』, (iii)『供給し, 又は提供すること』を, 禁止する効力を有する」。

続いて, 2項において, 「1項の規定は, (iv)『一般に市場で入手可能な製品(allgemein im Handel erhältliche Erzeugnisse)である場合においては適用されない』。ただし, (v)当該第三者が『被供給者をして, 第9条第2文によって禁止された態様で行為すること(特許権の直接侵害のこと)を故意に促して行わしめる(den Belieferten bewußt veranlaßt)場合はこの限りでない。』」とする。

(i)の『発明の本質的要素に関する手段』とは, 近時の最高裁判決²¹²によれば, 「クレームの構成要件の一つ又は複数のもと共に, 保護される発明思想の実現にあたって機能的に共同作用するのに適しているもの(mit einem oder mehreren Merkmalen des Patentanspruchs bei der Verwirklichung des geschützten Erfindungsgedankens functional zusammenzuwirken)」と定義されている。本条の対象となる手段は, 発明の実施のために使用される蓋然性が存在するものである。ゆえに, 専用品のみならず, 中性品も含まれる。

(ii)の主観的要件について, 認識の対象は, 当該手段が発明の実施に適していることと, それが発明の実施に用いることが決定されていることを知っていることであり, その実施が権利侵害となることまで知る必要はない(ただし, 2項但し書きの誘引行為は, 直接侵害行為の行われることを認識して行われるものであることを要する。)

(iii)の侵害行為の対象は, 提供(anbieten)と供給(liefern)のみであり²¹³, 製造行為, 使用行為および所持行為には適用されない²¹⁴。供給行為の相手方が発明の直接の実施者であることを要しない。その相手方から受け取った者が手段を発明の実施に用いれば足りる。なお, ドイツでは, 直接侵害行為が行われることは要しない。

(iv)の『一般に市場で入手可能な製品』の例としては, ねじ, ボルト, 針金, 歯車, トランジスタなどが挙げられる。『一般に市場で入手可能な製品』の提供者には, 原則として間接侵害は成立しない。

但し, 供給者が供給先の直接侵害行為を誘引した場合には, 間接侵害が成立する。誘引があったというためには, 誘引行為によ

²¹² BGH 4.5. 2004-Flügelradzähler.

²¹³ 提供(Anbieten)と供給(Liefern)の意味であるが, 一般に供給は, 市場に持ち込む行為ないし流通に置く行為一般を指し, 提供は, その前段階の申出行為一般を指すと理解されている。

²¹⁴ 輸入行為は, 供給行為に含まれるものと解される(Schulte, Patentgesetz 4. Auflage.§10 Rn)

り供給先が侵害行為を行うことを決定したということが必要であり、提供・供給行為の時点で、既に供給先が侵害行為を行うことを決定していた場合には、誘引は成立しない。

なお、ドイツ特許法では、(i) 非営業的な目的のためにする私的行為、(ii) 実験目的の行為、(iii) 医師の処方に基づく医薬の調合及び調合した医薬に関する行為については、特許権の効力が及ばないものとされているが(11条1号～3号)、これら(i)～(iii)の制限規定により実施行為を行う者は、10条1項における「実施権限を有する者」とはみなされない(10条3項)。これに対し、10条2項但し書きの適用にあたっては、11条1号～3号の適用は排除されない。

6. 検討結果

前記1. の立法的検討事項につき、裁判例の研究（前記2. ）、主要国の比較法研究（前記3. ）、民法における民事救済との対比（前記4. ）、及び特許法における間接侵害規定との対比（前記5. ）の4点を軸に、鋭意検討を進めてきた。

裁判例としては、前記2. （1）のようなカラオケ法理（クラブ・キャッツアイ法理）に基づき侵害主体性を肯定した一連の裁判例があるが、他方、侵害行為の幫助者に対する差止請求については、前記2. （2）のように、これを肯定する裁判例と否定する裁判例との間で鋭い解釈論上の対立が存する。また、比較法としては、ドイツ法、フランス法、アメリカ法、イギリス法の主要4法制につき検討を行った。これらの法制の検討に当たっては、もちろん法律（制定法）と判例の双方を対象としたが、著作権法ないし知的財産法のみならず、各国における民事法一般等も視野に入れた総合的な比較法研究を心掛けるようにした。特許法の間接侵害規定（特許法101条）との対比においては、現行法（昭和34年法）の当初から存する同条1号・3号と、平成14年改正で付加された同条2号・4号の双方を検討の対象とした。

前記1. の検討事項は、著作権法において、差止請求をいかなる範囲で肯定すべきかの問題にほかならず、差止請求権と損害賠償請求権との関係や刑事法との関係といった、一般法上の論点も本格的に視野に入れる必要のある複雑困難な論点であるが、本格的な先行研究は必ずしも豊富とはいえない状況にある。このような中で、前記の4点を軸として、検討作業を進め、特に本年の作業により、主要国の比較法研究についても大幅な前進を見ることができた。

以上のような現時点までの検討状況を踏まえた上で、特許法101条1号・3号に対応するような間接侵害を何らかの形で著作権法上も認めるという基本的方向性については特に異論はなかったが、それを超えるような間接侵害の考え方については、前述のような比較法研究を含めた徹底的な総合的研究を踏まえた上で、今後も更に検討を継続すべきものとされた。

なお、司法救済に関するもう一つの検討項目である損害賠償・不当利得等についても、「間接侵害」についての検討と並行して、今後、検討することとされた。

7. 参照条文

日本法

○著作権法（昭和45年5月6日法律第48号）（抄）

（差止請求権）

第112条 著作者、著作権者、出版権者、実演家又は著作隣接権者は、その著作者人格権、著作権、出版権、実演家人格権又は著作隣接権を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。

2 著作者、著作権者、出版権者、実演家又は著作隣接権者は、前項の規定による請求をするに際し、侵害の行為を組成した物、侵害の行為によつて作成された物又は専ら侵害の行為に供された機械若しくは器具の廃棄その他の侵害の停止又は予防に必要な措置を請求することができる。

（侵害とみなす行為）

第113条 次に掲げる行為は、当該著作者人格権、著作権、出版権、実演家人格権又は著作隣接権を侵害する行為とみなす。

一 国内において頒布する目的をもつて、輸入の時に国内で作成したとしたならば著作者人格権、著作権、出版権、実演家人格権又は著作隣接権の侵害となるべき行為によつて作成された物を輸入する行為

二 著作者人格権、著作権、出版権、実演家人格権又は著作隣接権を侵害する行為によつて作成された物（前号の輸入に係る物を含む。）を情を知つて頒布し、又は頒布の目的をもつて所持する行為

2 プログラムの著作物の著作権を侵害する行為によつて作成された複製物（当該複製物の所有者によつて第47条の2第1項の規定により作成された複製物並びに前項第一号の輸入に係るプログラムの著作物の複製物及び当該複製物の所有者によつて同条第一項の規定により作成された複製物を含む。）を業務上電子計算機において使用する行為は、これらの複製物を使用する権原を取得した時に情を知っていた場合に限り、当該著作権を侵害する行為とみなす。

3 次に掲げる行為は、当該権利管理情報に係る著作者人格権、著作権、実演家人格権又は著作隣接権を侵害する行為とみなす。

一 権利管理情報として虚偽の情報を故意に付加する行為

二 権利管理情報を故意に除去し、又は改変する行為（記録又は送信の方式の変換に伴う技術的な制約による場合その他の著作物又は実演等の利用の目的及び態様に照らしやむを得ないと認められる場合を除く。）

三 前二号の行為が行われた著作物若しくは実演等の複製物を、情を知つて、頒布し、若しくは頒布の目的をもつて輸入し、若しくは所持し、又は当該著作物若しくは実演等を情を知つて公衆送信し、若しくは送信可能化する行為

4 第95条第1項若しくは第97条第1項に規定する二次使用料又は第95条の3第3項若しくは第97条の3第3項に規定する報酬を受ける権利は、前項の規定の適用については、著作隣接権とみなす。この場合において、前条中「著作隣接権者」とあるのは「著作隣接権者（次条第4項の規定により著作隣接権とみなされる権利を有する者を含む。）」と、同条第1項中「著作隣接権」とあるのは「著作隣接権（同項の規定により著作隣接権とみなされる権利を含む。）」とする。

5 国内において頒布することを目的とする商業用レコード（以下この項において「国内頒布目的商業用レコード」という。）を自ら発行し、又は他の者に発行させている著作権者又は著作隣接権者が、当該国内頒布目的商業用レコードと同一の商業用レコードであつて、専ら国外において頒布することを目的とするもの（以下この項において「国外頒布目的商業用レコード」という。）を国外において自ら発行し、又は他の者に発行させている場合において、情を知つて、当該国外頒布目的商業用レコードを国内において頒布する目的をもつて輸入する行為又は当該国外頒布目的商業用レコードを国内において頒布し、若しくは国内において頒布する目的をもつて所持する行為は、当該国外頒布目的商業用レコードが国内で頒布されることにより当該国内頒布目的商業用レコードの発行により当該著作権者又は著作隣接権者の得ることが見込まれる利益が不当に害されることとなる場合に限り、それらの著作権又は著作隣接権を侵害する行為とみなす。ただし、国内において最初に発行された日から起算して七年を超えない範囲内において政令で定める期間を経過した国内頒布目的商業用レコードと同一の国外頒布目的商業用レコードを輸入する行為又は当該国外頒布目的商業用レコードを国内において頒布し、若しくは国内において頒布する目的をもつて所持する行為については、この限りでない。

6 著作者の名誉又は声望を害する方法によりその著作物を利用する行為は、その著作者人格権を侵害する行為とみなす。

○民法（明治29年4月27日法律第89号）（抄）

（不法行為による損害賠償）

第709条 故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。

（共同不法行為者の責任）

第719条 数人が共同の不法行為によって他人に損害を加えたときは、各自が連帯してその損害を賠償する責任を負う。共同行為者のうちいずれの者がその損害を加えたかを知ることができないときも、同様とする。

2 行為者を教唆した者及び幫助した者は、共同行為者とみなして、前項の規定を適用する。

○特許法（昭和34年4月13日法律第121号）（抄）

（差止請求権）

第100条 特許権者又は専用実施権者は、自己の特許権又は専用実施権を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。

2 特許権者又は専用実施権者は、前項の規定による請求をするに際し、侵害の行為を組成した物（物を生産する方法の特許発明にあつては、侵害の行為により生じた物を含む。第102条第1項において同じ。）の廃棄、侵害の行為に供した設備の除却その他の侵害の予防に必要な行為を請求することができる。

（侵害とみなす行為）

第101条 次に掲げる行為は、当該特許権又は専用実施権を侵害するものとみなす。

一 特許が物の発明についてされている場合において、業として、その物の生産にのみ用いる物の生産、譲渡等若しくは輸入又は譲渡等の申出をする行為

- 二 特許が物の発明についてされている場合において、その物の生産に用いる物（日本国内において広く一般に流通しているものを除く。）であつてその発明による課題の解決に不可欠なものにつき、その発明が特許発明であること及びその物がその発明の実施に用いられることを知りながら、業として、その生産、譲渡等若しくは輸入又は譲渡等の申出をする行為
- 三 特許が方法の発明についてされている場合において、業として、その方法の使用にのみ用いる物の生産、譲渡等若しくは輸入又は譲渡等の申出をする行為
- 四 特許が方法の発明についてされている場合において、その方法の使用に用いる物（日本国内において広く一般に流通しているものを除く。）であつてその発明による課題の解決に不可欠なものにつき、その発明が特許発明であること及びその物がその発明の実施に用いられることを知りながら、業として、その生産、譲渡等若しくは輸入又は譲渡等の申出をする行為

ドイツ法

○著作権法（1965年9月5日の著作権及び著作隣接権に関する法律） （抄）

【上野チーム員仮訳】

第二節 権利侵害

第一款 民事規定、訴訟方法

第97条 [停止及び損害賠償の請求]

著作権又はこの法律によって保護を受けるその他の権利を、違法に侵害する者に対して、被害者は、侵害の排除を、反復のおそれがあるときは停止を、加害者に故意又は過失があるときは損害賠償をも、請求することができる。被害者は、損害賠償に代えて、加害者が権利の侵害によって得た利益の返還及びこの利得に関する会計報告を請求することができる。

2 著作者、学術の版の作成者（第70条）、写真の撮影者（第72条）及び実演家（第73条）は、加害者に故意又は過失があるときは、財産的損害に非ざる損害を理由としても、公平に合致し、かつ、その限りにおいて、金銭による賠償を請求することができる。この請求権は譲渡することができない。ただし、この請求権が契約によって承認されているか、又は係争中であるときは、この限りでない。

3 他の法律規定に基づく請求権は、これによって影響を受けない。

第98条 [複製物の廃棄又は引渡を目的とする請求権]

被害者は、加害者の占有又は所有する、違法に製作され、頒布され、又は違法な頒布を目的とするすべての複製物が廃棄するよう請求することができる。

2 被害者は、第1項に定める措置に代え、加害者に所有する複製物を相当なる報酬と引換えに自らに引き渡すよう請求することができる。その報酬は製作費を超えてはならない。

3 加害者又は所有者に対する第1項及び第2項に基づく措置が個別の場合において相当でなく、かつ権利侵害によって複製物に生じた状態が他の方法によって排除できるときは、被害者はこれに要する措置を目的とする請求権のみを有する。

第 99 条 [装置の廃棄又は引渡を目的とする請求権]

第 98 条の規定は、加害者が所有し、もっぱら又はそれに近いかたちにて、複製物の違法な製作のために利用され、又はそれを目的とする装置に準用する。

第 100 条 [企業主の責任]

この法律に基づき保護される権利が、企業において、被用者又は受任者により違法に侵害されたときは、被害者は、企業主に対しても、損害賠償請求権を除き、第 97 条から第 99 条の規定に基づく請求権を有する。他の法律規定に基づくその他の請求権は、これによって影響を受けない。

第 101 条 [例外規定]

この法律に基づき保護される権利の侵害の場合において、排除ないし不作為（第 97 条）、複製物（第 98 条）又は装置（第 99 条）の廃棄ないし引渡しを目的とする被害者の請求権が、故意又は過失なき者に向けられる場合に、これらの請求権の行使によってこの者に著しく大きな損害の生ずるおそれがあり、かつ、被害者には金銭による満足が期待されるときは、その者は、被害者に対し金銭によって賠償することにより、請求権を回避することができる。契約による権利の許与があったならば報酬として相当なるべき額が賠償として支払われる。この賠償の支払をもって、通常範囲における使用に関し、被害者の同意が与えられたものとみなす。

2 第 98 条及び第 99 条に定める措置は、次のものには及ばない。

- 一 建築の著作物
- 二 製作又は頒布が違法でない複製物及び装置の分離できる部分

第 106 条 保護著作物の不法な利用

一 法律上許される場合のほかは、権利者の同意を得ることなく、著作物又は著作物の改作物若しくは変形物を複製し、頒布し、又は公に再生する者は、3 年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

二 未遂は罰に処する。

○テレサービスの利用に関する法律（TDG）2001 年改正後（抄）

【上野チーム員仮訳】

第3章 責 任

第8条 一般原則

1 サービスプロバイダは、その利用に供した自己の情報について、一般の法律に基づき責任を負う。

2 サービスプロバイダは、伝達され又は蓄積された情報で、違法行為を示すものを監視し、場合によっては調査する義務を負わない。一般の法律に基づく情報利用の削除又は送信防止の義務は、第9条から第11条の規定に基づきサービスプロバイダが責任を負わない場合においても、影響を受けない。電子通信法85条に基づく通信の秘密は遵守されなければならない。

第9条 情報の中継

1 サービスプロバイダは、それが通信ネットワークにおいて送信し、又は利用のアクセスを仲介している、他人の情報について、サービスプロバイダが以下の条件を満たす限り責任を負わない。

- (1) 当該送信を発信したのではないこと。
- (2) 当該送信の受け手を選択していないこと。
- (3) 当該送信に含まれる情報を選択又は変更していないこと。

第1項の規定は、サービスプロバイダが、違法行為を行うために、そのサービスの利用者の一人と意図的に共同したときは、適用されない。

2 第1項にいう情報の送信、及び、その情報へのアクセスの仲介は、この情報の自動的、一時的、かつ中間的な蓄積をも含む。ただし、これが通信ネットワークにおける送信の実行を唯一の目的として行われ、かつ当該情報がその送信のために通常必要な期間を超えて蓄積されない場合に限る。

第10条 情報の効率的送信のための中間的蓄積

サービスプロバイダは、他の利用者の求めに基づくその者への他人の情報の送信をより効果的にすることを唯一の目的として行われる自動的かつ時限的な中間的蓄積について、サービスプロバイダが以下の条件を満たす場合には責任を負わない。

- (1) 当該情報を変更しないこと。
- (2) 当該情報へのアクセス条件にしたがうこと。
- (3) 広く承認されかつ利用されている産業界の標準によって定められる

当該情報の更新についての規則にしたがうこと。

(4) 当該情報の利用に関するデータを収集するための技術で広く承認されかつ利用されている産業界の標準によって定められるものの合法的な利用を妨げないこと。

(5) 当該情報が送信元においてネットワークから削除された、若しくはそれへのアクセスが無効化されたことを知ったとき、又は裁判所若しくは行政機関がかかる削除若しくは無効化を命じたことを現実を知ったときは、遅滞なく本条における意味で蓄積された情報を削除し、又はそれへのアクセスを無効化するものとする。第9条2項の規定はここに準用する。

第11条 情報の蓄積

サービスプロバイダは、利用者のために蓄積している他人の情報について、以下の条件を満たす限りにおいて責任を負わない。

(1) プロバイダが、違法な行為又は情報について知らないこと、かつ損害賠償請求の場合は、そこから違法な行為若しくは情報が明らかになること、又は、

(2) プロバイダが、かかる事情を知ったとき若しくは認識したときは、遅滞なく当該情報を削除し、又はそれへのアクセスを無効化すること。

第1項の規定は、利用者がサービスプロバイダの支配に基づく場合又はサービスプロバイダによって監督されている場合には適用しない。

○特許法（抄）

【特許庁ホームページ・外国産業財産権制度情報・ドイツ特許法 1998年7月16日及び8月6日改正

(http://www.jpo.go.jp/shiryou/s_sonota/aippi/germany/pl/mokuji.htm)】

第10条

[1] 特許の更なる効力として、特許権者の同意を得ない限り、特許発明のライセンスを有する者以外の者に対して、当該発明の本質的要素に関連する手段を当該発明実施のために本法の施行領域内で提供し若しくは提供の申出をする行為は、そのような手段が当該発明の実施に適したものでありかつ当該発明の実施のために意図されていることを当該提供者が知っているか又はそのことが周囲の状況から明白である場合には禁じられる。

[2] [1]の規定は、その手段が取引される必需品である場合においては適

用されないが、ただし、提供者が提供を受ける者に対して第9条第2文によって禁止された行為を行わしめた場合はこの限りでない。

[3] 第11条(1)から(3)までに掲げられている行為を行う者は、[1]の意味において、発明を実施する権利を有する者とはみなされない。

第139条

[1] 第9条から第13条までに違反して特許発明を実施する者に対して、侵害を受けた者は差止請求をすることができる。

[2] 故意又は過失によりかかる行為を行う者は、侵害を受けた者に対して、それから生じた損害を賠償する義務を負う。侵害者に軽過失の責しか存在しないときは、裁判所は、損害賠償に代えて、侵害を受けた者の損害額及び侵害者に生じた利益を超えない範囲での補償を定めることができる。

[3] 特許の対象が新規な製品の製造方法であるときは、反証がない限り、他の者によって製造されたそれら製品は特許された方法により得られたものとみなされる。反証の取扱においては、被告の製造秘密及び企業秘密の保持についてのその者の正当な利益が顧慮される。

第140a条

[1] 第139条に該当する場合、侵害を受けた者は、侵害者が占有又は所有する特許対象製品が廃棄されるべきことを、それら製品の権利侵害性が他の方法によって除去できず、かつ、当該廃棄が当該権利侵害者又は所有者にとって不均衡なものになると考えられない限り、請求することができる。第1文は、問題となっている製品が特許の対象である方法によって直接製造された場合にも適用される。

[2] [1]の規定は、専ら又はほぼ専ら特許権侵害製品の製造に使用されている若しくは使用を意図されている侵害者の所有装置にも準用される。

○民法（抄）

【上野チーム員仮訳】

第249条 損害賠償の態様と範囲

損害賠償につき義務を負う者は、賠償を義務付ける諸事情が発生していなかったとすれば、存在するであろう状態を回復しなければならない。人に対する侵害、又は物の損傷に基づいて損害賠償をすべきときは、債権者

は原状回復に代えて、それに必要な金額を請求することができる。

第 2 5 1 条 期間指定のない金銭による損害賠償

(1) 原状回復が可能でなく、又は債権者に対する賠償として十分でない限りにおいて、賠償義務者は債権者に金銭で賠償しなければならない。

(2) 賠償義務者は、原状回復が過分の費用によってのみ可能であるときには、債権者に金銭で賠償することができる。侵害された動物の治療によって生じた費用は、その額が動物の価値を大幅に上回るというだけでは、過分とはいえない。

第 2 5 4 条 共働過失

(1) 損害の発生に際し被害者の過失が共働したときには、賠償義務及び給付すべき賠償の範囲は、事情によって、とりわけその損害をいかなる範囲においていずれの当事者が主として惹起したかによって決められる。

第 8 2 3 条 損害賠償義務

(1) 故意又は過失により他人の生命、身体、健康、自由、所有権又はその他の権利を違法に侵害した者は、その他人に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。

(2) 他人の保護を目的とする法律に違反した者も、前項と同様である。法律の内容によれば故意過失がなくとも違反を生ずる場合には、賠償義務は故意過失があるときに限り生じる。

第 8 2 6 条 良俗違反の故意による加害

善良の風俗に反する方法で他人に対し故意に損害を加えた者は、その他人に対し損害を賠償する義務を負う。

第 8 6 1 条 占有侵奪に基づく請求権

(1) 占有が不法の私力によって占有者から奪われた場合、占有者は自己に対して瑕疵ある仕方で占有する者に対して占有の回収を請求することができる。

(2) 侵奪された占有が現在の占有者又はその前主に対して瑕疵あるものであり、かつその占有の取得が侵奪の前の1年以内になされた場合には、前項の請求権は排除される。

第 8 6 2 条 占有妨害に基づく請求権

(1) 占有が不法の私力によって妨害された場合、占有者は妨害者に妨害の除去を請求することができる。引き続き妨害のおそれがある場合には、占有者は妨害の停止を訴求することができる。

(2) 占有者の占有が妨害者又はその前主に対して瑕疵あるもので、かつその占有の取得が妨害の前1年以内になされた場合には、前項の請求権は排除される。

第 8 6 7 条 占有者の捜索引取（忍容請求）権

物が占有者の支配を離れて他人の占有する不動産の上に移ったときは、その物が何人かにより占有されない間は、不動産の占有者は、右の占有者にその物の捜索及び引取を許容しなければならない。不動産の占有者は、その捜索及び引取により生じた損害の賠償を請求することができる。不動産の占有者は、損害の発生のおそれがあるときは、担保が供せられるまで捜索及び引取の許容を拒絶することができる。但し、遅延のために危険が生ずるときは、拒絶は許されない。

第 9 8 5 条 返還請求権

所有者は、占有者に対して、物の返還を請求することができる。

第 1 0 0 4 条 除去および差止請求権

(1) 所有権が占有の侵奪又は抑留以外の仕方では侵害される場合、所有者は妨害者に侵害の除去を請求することができる。侵害が継続するおそれがある場合、所有者は侵害停止訴訟を提起することができる。

(2) 前項の請求権は、所有者が受忍義務を負う場合には、排除される。

第 1 0 0 5 条 捜索引取（忍容請求）権

物が、その所有者以外の者が占有する不動産上に存在するとき、物の所有者は土地の占有者に対して第867条で規定された請求権を有する。

フランス法

○著作権法（知的所有権法典に関する1992年7月1日の法律（法律第92-597号））（抄）

【著作権情報センターホームページ・外国著作権法令集・和訳版フランス編〔大山幸房訳〕（<http://www.cric.or.jp/gaikoku/france/france.html>）より】

第2節 侵害物の差押え

第332の1条 警視及び警視のいない場合には小審裁判所判事は、第1編によって保護される著作物のいずれの著作者、その権利承継人又はその権利譲受人の求めにも応じて、その著作物の不適法な複製を構成する複製物を差し押さえる義務を負う。

2 差押えが、進行中であるか又はすでに告知されている公の上演又は演奏を延期させ、又は中止させる結果となるような場合には、請求に基づいて発せられる命令によって、大審裁判所裁判長から特別の許可を得なければならない。

3 大審裁判所裁判長は、また、同一の手續に従って、次の各号に掲げることを命ずることができる。

(1) 著作物の不適法な複製を目的とする進行中のいずれの製造をも中止すること。

(2) 著作物の不適法な複製を構成する複製物であってすでに製造されたもの又は製造中のもの、取得した収益及び不適法に使用された複製物を、日時のかんを問わず差し押さえること。

(3) 著作者の権利を侵害していずれかの方法によって行われる精神の著作物のいずれの複製、上演・演奏又は頒布から生ずる収益をも差し押さえること。

(4) 大審裁判所裁判長は、前記の命令において、差押え人があらかじめ適当な保証を設定することを命ずることができる。

第5節 罰則

第335の2条 著作者の所有権に関する法律及び規則に違反する文書、楽曲、素描若しくは絵画のいずれの出版又はその他の全体的若しくは部分的に印刷され、若しくは印刻されたいずれの複製も、侵害となる。また、いずれの侵害も、罪となる。

2 フランス又は外国において発行された著作物のフランスにおける侵

害は、2年の禁錮及び100万フランの罰金に処せられる。

3 侵害著作物の小売、輸出及び輸入も、同一の刑に処せられる。

第335の3条 法律に定義され、及び規定されている著作者の権利を侵害する精神の著作物のいずれの複製、上演・演奏又は頒布（その方法のいかんを問わない。）も、また、侵害の罪となる。

2 第122の6条に定めるソフトウェアの著作者の諸権利の一の侵害も、侵害の罪となる。

○民法（抄）

【『法務資料第441号 フランス民法典—物権・債権関係—』（法務大臣官房司法法制調査部司法法制課、1982年）〔稲本洋之助訳〕135頁より】

第二節 不法行為及び不法行為 *Des délits et des quasi-délits*

第1382条 〔不法行為責任〕 他人に損害を生じさせる人の行為はいかなるものであってもすべて、過失によってこれをもたらした者に、それを賠償する義務を負わせる。

第1383条 〔準不法行為責任〕 それぞれの者は、自己の行為によって生じさせた損害だけでなく、その懈怠によって、又はその不注意 *imprudence* によって生じさせた損害についても責任を負う。

第1384条第1項 〔無生物又は他人の行為による不法行為〕 ① 自己の行為によって生じさせる損害だけでなく、自己が責任を負うべき者の行為又は自己が保管する物から生じる損害についても、責任を負う。

アメリカ法

○著作権法（抄）

【『外国著作権法令集 和訳版アメリカ編』（社団法人著作権情報センターホームページ）〔山本隆司・増田雅子共訳〕より

<http://www.cric.or.jp/gaikoku/america/america.html>】

第1章 著作権の対象および範囲

第106条 著作権のある著作物に対する排他的権利

第107条ないし第121条を条件として、本編に基づき著作権を保有する者は、以下に掲げる行為を行いまたこれを許諾する排他的権利を有する。

- (1) 著作権のある著作物をコピーまたはレコードに複製すること。
- (2) 著作権のある著作物に基づいて二次的著作物を作成すること。
- (3) 著作権のある著作物のコピーまたはレコードを、販売その他の所有権の移転または貸与によって公衆に頒布すること。
- (4) 言語、音楽、演劇および舞踊の著作物、無言劇、ならびに映画その他の視聴覚著作物の場合、著作権のある著作物を公に実演すること。
- (5) 言語、音楽、演劇および舞踊の著作物、無言劇、ならびに絵画、図形または彫刻の著作物（映画その他の視聴覚著作物の個々の映像を含む）の場合、著作権のある著作物を公に展示すること。
- (6) 録音物の場合、著作権のある著作物をデジタル音声送信により公に実演すること。

第5章 著作権侵害および救済

第501条 著作権の侵害

- (a) 何人であれ、第106条ないし第121条に規定する著作権者の排他的権利もしくは第106A条(a)に規定する著作者の排他的権利を侵害し、または第602条に違反してコピーもしくはレコードを合衆国に輸入する者は、それぞれ著作権または著作者の権利の侵害者となる。本章（第506条を除く）において、著作権に関する記述は、第106A条(a)が認める権利を含むものとみなす。本節において、「何人」とは、州、州の機関および州または州の機関の公務員または被用者でその職務の範囲内で行動する者を含む。州および機関、公務員または被用者は、非政府機関と同一の方法および範囲において本編の規定に服する。

○特許法（抄）

【特許庁ホームページ・外国産業財産権制度情報・米国特許法合衆国法典
第35巻（35.U.S.C）－特許 2002年11月2日改正

（http://www.jpo.go.jp/shiryou/s_sonota/aippi/pdf/mokuji/us_tokkyo1.pdf）より】

第28章 特許侵害

第271条 特許の侵害

- (a) 本法の別段の規定がある場合を除き、特許の存続期間中に特許された発明を許可なく、合衆国内で製造、使用、販売の申出若しくは販売をし、又は合衆国に輸入した者は、特許を侵害したものとする。
- (b) 積極的に特許の侵害を引き起こした者は、侵害者として責任を負わなければならない。
- (c) 特許された機械、製品、化合物若しくは組成物の構成要素、又は特許方法を実施するために使用する材料若しくは装置であって、その発明の主要部分をなすものを、特許の侵害に使用するために特別に製造又は改作されたものであり、かつ、当該特許を實際上侵害しない態様では商業的な主要物品又は必需品になり得ないことを知りながら合衆国内で販売の申出若しくは販売をし、又は合衆国へ輸入した者は、侵害幫助者として責任を負わなければならない。

イギリス法

○著作権法（1988年の著作権、意匠及び特許法）（抄）

【『外国著作権法令集 和訳版イギリス編』

（社団法人著作権情報センター ホームページ）〔大山幸房訳〕より

<http://www.cric.or.jp/gaikoku/england/england.html>】

著作権により制限される行為

（著作物の著作権により制限される行為）

第16条 (1) 著作物の著作権者は、この章の以下の規定に従って、
連合王国において次の行為を行う排他的権利を有する。

(a) 著作物を複製すること（第17条参照）。

(b) 著作物の複製物を公衆に配布すること（第18条参照）。

(ba) 著作物を公衆にレンタルし、又は貸与すること（第18条のA
参照）。

(c) 著作物を公に実演し、上映し、又は演奏すること（第19条参照）。

(d) 著作物を放送し、又は著作物を有線番組サービスに挿入すること
（第20条参照）。

(e) 著作物の翻案を作成し、又は翻案に関して前記のいずれかの行為を
行うこと（第21条参照）。

また、これらの行為は、この部において、「著作権により制限される
行為」という。

(2) 著作物の著作権は、著作権者の許諾を得ずに、著作権により制
限されるいずれかの行為を行い、又は行うことを他の者に許諾する
者により侵害される。

著作権の二次侵害

（二次侵害—侵害複製物の輸入）

第22条 著作物の著作権は、著作物の侵害複製物である物品であつ
て、侵害複製物であることを知り、又はそう信じる理由を有してい
るものを、私的及び家庭内の使用以外のために、著作権者の許諾を
得ずに連合王国に輸入する者により侵害される。

（二次侵害—侵害複製物の所持又は利用）

第23条 著作物の著作権は、著作物の侵害複製物である物品であつ
て、侵害複製物であることを知り、又はそう信じる理由を有してい
るものについて、著作権者の許諾を得ずに次の行為を行う者により
侵害される。

(a) 業務の過程において所持すること。

- (b) 販売し、若しくは賃貸させ、又は販売若しくは賃貸のために提供し、又は陳列すること。
- (c) 業務の過程において公に展示し、又は頒布すること。
- (d) 業務の過程以外において、著作権者を害する程度にまで頒布すること。

(二次侵害—侵害複製物の作成のための手段の提供)

第24条 (1) 著作物の著作権は、その著作物の複製物を作成することを特に意図され、又はそのために適応される物品について、それが侵害複製物を作成するために使用されることを知りつつ、又はそう信じる理由を有しつつ、著作権者の許諾を得ずに次の行為を行う者により侵害される。

- (a) 作成すること。
- (b) 連合王国に輸入すること。
- (c) 業務の過程において所持すること。
- (d) 販売し、若しくは賃貸させ、又は販売若しくは賃貸のために提供し、又は陳列すること。

(2) 著作物の著作権は、連合王国その他における送信の受信により著作物の侵害複製物が作成されることを知りつつ、又はそう信じる理由を有しつつ、電気通信設備（放送すること又は有線番組サービスに挿入すること以外の）により著作物を著作権者の許諾を得ずに送信する者により侵害される。

(二次侵害—侵害実演のための構内の使用の許可)

第25条 (1) 文芸、演劇又は音楽の著作物の著作権が公の興行の場所における実演により侵害される場合には、その場所が実演に使用されることに許可を与えたいずれの者も、その者が許可を与えた時に実演が著作権を侵害しないことを合理的な根拠により信じていた場合を除き、侵害について責任を有する。

(2) この条において、「公の興行の場所」は、主として他の目的のために占有されている構内であって、随時公の興行を目的とする賃貸のために提供されるものを含む。

(二次侵害—侵害実演等のための機器の提供)

第26条 (1) 次のことを行うための機器を用いて著作物を公に実演し、又は著作物を公に演奏し、若しくは上映することにより著作物の著作権が侵害される場合には、以下の者も、侵害について責任を有する。

- (a) 録音物を演奏すること。
- (b) 映画を上映すること。
- (c) 電子的手段により送られる視覚的影像又は音を受信すること。

- (2) 機器又はそのいずれかの実質的部分を提供する者は、その者が機器又はその部分を提供した時に次のいずれかに該当するときは、侵害について責任を有する。
- (a) 機器が著作権を侵害するように使用される可能性があることを知り、若しくはそう信じる理由を有していた。
 - (b) その通常の使用が公の実演、演奏又は上映を伴う機器の場合には、その機器が著作権を侵害するように使用されないことを合理的な根拠により信じていなかった。
- (3) 機器が構内に持ち込まれることに許可を与えた構内の占有者は、その者が許可を与えた時に機器が著作権を侵害するように使用される可能性があることを知り、又はそう信じる理由を有していたときは、侵害について責任を有する。
- (4) 著作権を侵害するために使用された録音物又は映画の複製物を提供した者は、その者がそれを提供した時に、その提供したもの又はそれから直接若しくは間接的に作成された複製物が著作権を侵害するように使用される可能性があることを知り、又はそう信じる理由を有していたときは、侵害について責任を有する。

著作権者の権利及び救済

(著作権者が提訴することができる侵害)

- 第96条** (1) 著作権の侵害は、著作権者が提訴することができる。
- (2) 著作権侵害訴訟において、損害賠償、差止命令、計算その他による救済であって、他のいずれの財産権の侵害についても利用することができるすべてのものを、原告は利用することができる。
- (3) この条の規定は、この章の以下の規定に従うことを条件として、効力を有する。

(侵害訴訟における損害賠償についての規定)

- 第97条** (1) 著作権侵害訴訟において、侵害の時に、訴訟が関係する著作物に著作権が存続することを被告が知らず、かつ、そのことを信じる理由を有しなかったことが示される場合には、原告は、被告に対して損害賠償について資格を有しない。ただし、他のいずれの救済をも害しない。
- (2) 裁判所は、著作権侵害訴訟において、すべての状況、特に次のことを考慮して、事案の判事が要求することができる追加の損害賠償を裁定することができる。
- (a) 侵害の悪質性
 - (b) 侵害を理由として被告に生じるいずれかの利益

罪

(侵害物品等の作成又は利用についての刑事責任)

第107条

- (ア) 販売若しくは賃貸又は業務の過程における使用のために侵害複製物を作成するために使用されることを知り、又はそう信じる理由を有しながら、次のいずれかの行為を行う者は、罪を犯す。
- (a) 著作権のある特定の著作物の複製物を作成することを特に意図され、又はそのために適応された物品を作成すること。
- (b) そのような物品を所持すること。
- (イ) 著作権が、(放送又は有線番組の受信以外に) 次のいずれかの行為により侵害される場合には、著作物をそのように実演させ、演奏させ、又は上映させたいずれの者も、著作権が侵害されることを知り、又はそう信じる理由を有していたときは、有罪となる。
- (a) 文芸、演劇又は音楽の著作物の公の実演
- (b) 録音物の公の演奏又は映画の公の上映
- (ウ) 第1項(a)号、(b)号、(d)号(iv)又は(e)号に基づく罪につき有罪となる者は、次のいずれかの罰に処せられる。
- (a) 即決の有罪判決により、6月を超えない期間の禁固若しくは法定の最高限度を超えない罰金又はこの両刑
- (b) 起訴による有罪判決により、罰金若しくは2年を超えない期間の禁固又はこの両刑
- (エ) この条の規定に基づく他のいずれかの罪につき有罪となる者は、即決の有罪判決により、6月を超えない期間の禁固若しくは標準等級の段階5を超えない罰金又はこの両刑に処せられる。
- (オ) 第104条から第106条まで(著作権に関連する各種の事項についての推定)の規定は、この条に基づく罪についての訴訟手続には適用されない。ただし、第108条に基づく命令についての訴訟手続におけるそれらの規定の適用を害しない。

複製防止を回避するための装置

(複製防止を回避するための装置)

第296条 (1) この条の規定は、著作権のある著作物の複製物が、著作権者により又はその許諾を得て、複製防止の電子的形式により公衆に配布される場合に適用される。

(2) 複製物を公衆に配布する者は、それが侵害複製物を作成するために使用されることを知り、又はそう信じる理由を有しながら次のいずれかのことを行う者に対して、著作権者が著作権侵害について有する権利と同一の権利を有する。

- (a) 用いられた複製防止の形式を回避することを特に予定され、又は

そのように適応されたいずれかの装置又は手段を作成し、輸入し、販売し、若しくは賃貸させ、販売若しくは賃貸のために提供し、若しくは陳列し、又は販売若しくは賃貸のために広告すること。

(b) ある者がその複製防止の形式を回避することを可能とし、又は援助することを意図される情報を公表すること。

(2A) 第1項に定める公衆に配布される複製物が、コンピュータ・プログラムの複製物である場合には、第2項の規定は、同項における「販売若しくは賃貸のために広告する」という用語が「販売若しくは賃貸のために広告し、又は業務の過程において所持する」に替えられたものとして、適用される。

(3) さらに、その者は、第99条又は第100条（ある種の物品の引渡し又は押収）に基づいて、著作権のある著作物の侵害複製物を作成するために使用する意図をもってある者が所有し、保管し、又は管理するそのようないずれかの装置又は手段に関して、著作権者が侵害複製物に関して有する権利と同一の権利を有する。

(4) この条における複製防止への言及は、著作物の複製を阻止し、若しくは制限し、又は作成された複製物の品質を害することを意図されるいずれかの装置又は手段をも含む。

(5) この法律第1部（著作権）の目的のために定義されているこの条において使用されている表現は、同部におけると同一の意味を有する。

(6) 次の規定は、第1部（著作権）に基づく訴訟手続に関してと同様に、この条に基づく訴訟手続に関しても適用される。

(a) この法律第104条から第106条まで（著作権に関するある種の事項についての推定）

(b) 1981年の最高裁判所法第72条、1985年の法改革（雑則）（スコットランド）法第15条及び1978年の裁判権（北部アイルランド）法第94条のA（知的所有権に関するある種の訴訟手続における自己負罪に対する特権の取消し）

また、この法律第114条の規定は、必要な修正を伴って、前記第3項に基づいて引き渡され、又は押収されるいずれかのものの処分に関しても適用される。

送信の不正受信

（送信の無許諾受信のための機器等についての権利及び救済）

第298条 (1) 次の者は、以下の権利及び救済について資格を有する。

(a) 連合王国内のある場所から提供される放送又は有線番組サービスに挿入される番組の受信について代金を請求する者

- (b) 連合王国内のある場所から他のいずれかの種類の暗号送信を送る者
- (2) その者は、次のことを行う者に対して、著作権者が著作権侵害について有すると同一の権利及び救済を有する。
- (a) ある者がそうすることについて資格を有しないときに、その者が番組その他の送信を受信することを可能とし、若しくは援助することを予定され、又はそのように適応されたいずれかの機器又は装置を作成し、輸入し、販売し、若しくは賃貸し、販売若しくは賃貸のために提供し、若しくは陳列し、又は販売若しくは賃貸のために広告すること。
- (b) ある者がそうすることについて資格を有しないときに、その者が番組その他の送信を受信することを可能とし、若しくは援助することを企図されるいずれかの情報を公表すること。
- (3) さらに、その者は、第99条又は第100条（ある種の物品の引渡し又は押収）に基づいて、そのようないずれかの機器又は装置に関して、著作権者が侵害複製物に関して有すると同一の権利を有する。
- (4) 1981年の最高裁判所法第72条、1985年の法改革（雑則）（スコットランド）法第15条及び1978年の裁判権（北部アイルランド）法第94条のA（知的所有権に関するある種の訴訟手続における自己負罪に対する特権の取消し）の規定は、この法律第1部（著作権）に基づく訴訟手続に適用されると同様に、この条に基づく訴訟手続にも適用される。
- (5) この条により付与される権利の侵害訴訟手続に適用される第97条第1項（著作権の善意による侵害）において、著作物に著作権が存続していたことを知らず、又はそう信じる理由を有しない被告への言及は、その者の行為がこの条の規定により付与される権利を侵害したことを知らず、又はそう信じる理由を有しないことへの言及と解釈される。
- (6) この法律第114条の規定は、必要な修正を伴って、前記第3項に基づいて引き渡され、又は押収されるいずれのものの処分に関しても適用される。

○特許法（抄）

【特許庁ホームページ・外国産業財産権制度情報・英国特許法 1977
年法律1988年著作権・意匠・特許法により改正
([http://www.jpo.go.jp/shiryou/s_sonota/aippi/england/pl/mokuji.h
tm](http://www.jpo.go.jp/shiryou/s_sonota/aippi/england/pl/mokuji.htm)) より】

侵害

第60条 侵害の意味

- (1) 本条の規定によりある者がある発明につきその発明の特許が効力を有する間に限りその特許権者の同意を得ないで連合王国内において次の何れかのこと、すなわち、
- (a) その発明が物である場合はその者がその物を製造、処分し、その処分の申込をし、これを使用若しくは輸入し又は処分のためであるか否かを問わずこれを保管すること、
 - (b) その発明が方法である場合はその者が連合王国内においてその方法を使用し又はその使用の申込をすること、
- ただし、その特許権者の同意を得ないで連合王国内においてこれを使用することが当該特許の侵害となることをその者が知り又は当該の事情の下では常識のある人にとりそのことが自明であることを条件とする。
- (c) 更にその発明が方法である場合は、その者が、前記の方法によって直接に生産される物を処分し、その処分の申込をし、これを使用若しくは輸入し又は処分のためであるか否かを問わずこれを保管すること、
- をするとき、その者は当該発明の特許を侵害するものと認める。
- (2) 本条の以下の規定を留保してある者(特許権者以外の者)がある特許が効力を有する間に、かつ、その特許権者の同意を得ないで実施権者その他その発明を実施する適格を有する者以外の者にその発明の不可欠の要素に係る何らかの手段でその発明を実施するためのものを連合王国内において供給し又はその供給の申込をするときはその者は、その発明の特許を侵害するものと認める。ただし、その手段が連合王国内においてその発明を実施する用途に供せられており、かつ、この用途に適切なものであることをその者が知り、又は、当該の事情の下では常識のある人にとりそのことが自明であることを条件とする。
- (3) (2)の規定は、大量生産に係る主要取引物資の供給又はその供給の申込に適用しない。ただし、その供給又は供給の申込が被供給者又は被申込

者を(1)の規定により特許の侵害を構成するある行為をするよう誘発する目的をもってなされるときはこの限りでない。

(6) (2)の規定の適用上、専ら(5)(a)、(b)又は(c)の規定によってある発明の特許の侵害を構成することはないものとされる当該発明に係るある行為を実行する者は、当該発明を実施する適格を有する者として取り扱われることはないものとする。ただし、

(a) 本項においてある発明を実施する適格を有する者というときは、第55条の規定により前記のとおり適格を有する者を含み、また

(b) 第28A条(4)又は(5)又は第64条の規定により前記の侵害を構成しないで当該発明に係るある行為を実行する適格を有する者は、当該行為に関する限りは、当該発明を実施する適格を有する者として取り扱われるものとする。

第61条 特許権の侵害争訟

(1) 本法のこの部の以下の規定に従うことを条件として特許権者は、自己の特許を侵害するものと自己の主張する何らかの他人の行為について裁判所に民事訴訟を提起することができ、また、(裁判所の他の管轄権を害さないで)前記の訴訟において、

(a) 侵害と認められる行為を被告に禁止する差止命令、

(b) 特許の侵害に係る特許製品又は当該特許製品が不可分離的に包含されている何らかの物を引き渡し又は廃棄すべき旨の被告に対する命令、

(c) 侵害に基づく損害の賠償、

(d) 侵害行為から被告の取得した利得の返還、

(e) 特許が有効であり、かつ、被告によって侵害されたことの確認、を請求することができる。

(2) 裁判所は、同一の侵害事件について特許権者のために損害の賠償を裁定すると同時にこれに利得を返還すべき旨を命じることができない。

(3) 特許権者及び何れかの他人は、この他人が当該特許を侵害したか否かの問題の解決を相互の合意をもって長官に付託することができる。特許権者は、その付託において(1)(c)又は(e)の規定による請求をすることができる。

第62条 侵害に基づく損害賠償の制限

(1) ある特許の侵害手続において被告が侵害行為の日に特許が存在したことを知らず又はこれを推定する合理的な理由を有さなかった旨を明

らかにするときは、損害賠償を裁定すること又は利得の返還を命じることができない。ある物に「patent」又は「patented」の語その他特許が当該物について取得された旨を明示又は黙示的に現わす語が当該物に使用されているという理由のみにより前記の者が前記のとおり知り又は前記のとおり推定する合理的な理由を有したと認めてはならない。ただし、特許番号が前記の語に付加されていたときはこの限りでない。

(参考)

1. 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会司法救済ワーキングチーム
名簿

座長	上野	達弘	立教大学助教授
	大淵	哲也	東京大学教授
	前田	陽一	上智大学教授
座長代理	山本	隆司	弁護士
	横山	久芳	学習院大学助教授

(計5名)

2. 検討経過

第 6 回 平成 1 7 年 9 月 7 日 間接侵害の民法からの検討について (報告)

第 7 回 1 1 月 4 日 間接侵害の刑法からの検討について (報告)
協力者：島田聡一郎上智大学助教授

第 8 回 1 2 月 1 6 日 間接侵害のドイツ特許法からの検討について (報告)
協力者：飯塚卓也弁護士

第 9 回 平成 1 8 年 1 月 1 6 日 間接侵害のフランス著作権法等からの検討について (報告)
協力者：井奈波朋子弁護士

第 1 0 回 1 月 2 5 日 間接侵害のドイツ著作権法等からの検討について (報告)

