

# 鑑定意見書

平成28年12月26日

神戸大学大学院法学研究科 教授

島 並 良



- 一 はじめに
- 二 物理的利用主体と規範的利用主体の区別
- 三 法規——規範的利用主体ではない者の例示
- 四 ロクラクⅡ事件最判——物理的利用主体の認定基準
- 五 クラブ・キャッツアイ事件最判——規範的利用主体の認定基準
- 六 結論

## 一 はじめに

### 1. 対象

知的財産高等裁判所平成28年10月19日判決（平成28年（ネ）第10041号著作権侵害差止等請求控訴事件、以下「本件」という。）に関し、「演奏権侵害における演奏の主体」について申立人ら訴訟代理人から意見を求められたので、著作権法を含む知的財産法を専攻する研究者の立場から、次のとおり私見を申し述べる。

### 2. 概要

本件では、ライブハウスにおける著作物の演奏（楽器演奏および歌唱）について、出演者（ミュージシャン）に加え、ライブハウス経営者もまたその主体として、演奏権侵害の責任を負うかが争点となっている。この点について、原判決（知財高裁平成28年10月19日判決）は演奏の主体性を肯定したが、この結論は著作物の利用主体に関する現行著作権法の規定構造およびこれまでの判例に整合せず、賛成することができない。

私見によれば、原判決がこのように結論を誤った主な原因は、著作物の物理的利用主体

の認定（ひいては、著作権の直接侵害の成否）に関する先例を、明らかに物理的利用主体ではない者（ライブハウス経営者）の規範的利用主体性（ひいては、著作権の間接侵害の成否）が問題となる本件事案に対して適用した点にある。そこで以下では、まず前提作業として物理的利用主体と規範的利用主体の区別の必要性に触れた後に（二）、著作権法が著作物の利用主体性についていかなる規定を置くかを確認し（三）、さらに原判決が参照するロクラクⅡ事件、クラブ・キャッツアイ事件の各最高裁判決と原判決の関係をそれぞれ順に検討し（四、五）、最後に結論の要約を述べることにする（六）。

## 二 物理的利用主体と規範的利用主体の区別

現在、著作物の利用主体性を巡る議論は錯綜しているが、その混線状況を解きほぐすためには、①物理的利用主体による直接侵害と②規範的利用主体による間接侵害とを、次のとおり区別することから出発する必要がある。

まず、著作物の「物理的利用主体」（直接利用者とも呼ばれる。）とは、身体の挙動により、自然的な観察で著作物を利用していると位置づけられる主体のことである。そして、このような物理的利用主体によって惹起される著作権侵害の類型は、「直接侵害」と呼ばれる。たとえば、筆記具で文字を書いたり、複写機のボタンを押して作動させたりする者は、自然的な観察により複製の主体（物理的利用主体）にあたり、他の要件（依拠性、類似性、権利制限の不成立など）を充足すれば直接侵害が成立することになる。本件で問題となる演奏権の場合には、楽器を指で奏でたり、声帯を震わせて歌ったりする者は、自然的な観察により演奏の物理的主体として、演奏権侵害責任が問われることになる。

これに対して、著作物の「規範的利用主体」（間接利用者とも呼ばれる。）とは、上述したような自然的な観察では著作物を利用しているとは位置づけられないが、法的な観点からはこれと実質的に同視され、著作物を利用していると拡張的に評価される主体のことである。そして、このような規範的利用主体によって惹起される著作権侵害の類型は、「間接侵害」と呼ばれる。こうした規範的な利用主体の拡張は、とりもなおさず著作権侵害責任（民事上のみならず刑事上も含む。）を負う主体の拡張にも繋がるから、刑事法における「間接正犯の正犯性」と同様に、物理的利用主体との同視に値するだけの実質を伴う者に限り正当化されると解される。たとえば、法人たる企業には手足がなく身体の挙動を観念できないために、著作物の物理的利用主体となることはできない。それにもかかわらず、著作権侵害訴訟において企業（法人）が侵害者となり得ることが当然の前提とされているのは、企業の指揮監督下においてその営利活動の一環としてなされた被用者（自然人）の物理的な著作物利用行為が、法的評価の観点からは、当該企業の行為と実質的に同視できるからに他ならない。

本件の1審被告は、ライブハウス経営者であって、自ら楽器を指で奏でたり声帯を震わせて歌ったりしているわけではなく、ライブハウスの出演者（ミュージシャン）に対してその場所と機材を提供しているだけであるから、著作物の物理的な演奏主体にはあたらない。したがって、本件における残る検討課題は、1審被告が法的な観点から実質的に出演者（ミュージシャン）と同視でき、規範的な演奏主体と評価されるかどうかという点にある。

### 三 法規——規範的利用主体ではない者の例示

それでは、著作物の規範的利用主体はどのような基準で認定されるか。その基準は、規範的利用主体の認定が法的評価（解釈）上の主体拡張手段である以上、明文規定として実定化されてはいない。ただし、著作物の物理的利用主体ではない者が、同時に規範的利用主体でもない（したがって、著作物の利用者として著作権侵害責任を負うことはない）とされる例が2つ、法定されている。

第一に、公衆の使用に供することを目的として設置されている自動複製機器の設置者（たとえばコピー機を置くコンビニ店やセルフコピー店等）は、当該機器を用いた複製の主体ではないと位置づけられている。すなわち、著作権法は、私的使用目的で「公衆の使用に供することを目的として設置されている自動複製機器を用いて複製する」主体は、著作物の「使用をする者」（顧客）であって、複製機器の設置者はこれに該当しないものとしている（30条1項1号、同本文）。つまり、公衆使用目的の自動複製機器による複製の主体は、あくまで顧客であって、複写機を所有・管理しそこから営業上の利益を得ている店舗とはされていないのである。また、刑事上も、著作権法は、「営利を目的として、第三十条第一項第一号に規定する自動複製機器を著作権……の侵害となる著作物……の複製に使用させた者」（119条2項2号）と、同条1項の「著作権……を侵害した者」（同条1項）とを区別しており、営利目的で複製機器を使用させた者は、著作権侵害責任を負わないことが前提とされている。

第二に、技術的保護手段回避装置等（たとえばコピーガード解除装置等）の提供者は、著作権の侵害主体ではないと位置づけられている。すなわち、著作権法120の2第1号は、技術的保護手段回避装置等の提供行為について、著作権侵害罪（119条1項）とは別にそれよりも軽い罪として規定している。つまり、もっぱら侵害に用いられる専用装置を提供した者ですら、著作権法上、「著作権を侵害した者」（侵害主体）には該当しないものとされているのである。

以上から、現行著作権法上、営利目的で複製の場所と機器を提供する者であっても（公衆使用目的自動複製機器の場合）、また著作権侵害の専用装置を提供する者であっても（技

術的保護手段回避装置等の場合)、物理的にはもちろん規範的にすら著作物の利用主体ではないと位置づけられている。著作物の直接利用行為に關与しながら、規範的にすら著作物の利用主体とは評価し得ない者は無数に観念することができ、法定されたこれら2者に限られるわけではないから、上述した著作権法上の各規定は、著作権侵害責任を負わない(著作権法が別途定める幫助者としての特別な責任に留まる)者を例示したものと位置づけられる。

それでは、このような著作権法の規定構造を前提として、解釈上いかなる者を物理的利用主体と実質的に同視し、規範的利用主体と評価する(ひいては著作権侵害責任を負わせる)べきだろうか。項を改めて判例の立場を確認しよう。

#### 四 ロクラクⅡ事件最判——規範的利用主体の認定基準

この点、原判決は、1審被告の著作物利用主体性を肯定するに際して、2つの最高裁判例を参照している。すなわち、最判昭和63年3月15日民集42巻3号199頁(以下、クラブ・キャッツアイ事件最判という。)および最判平成23年1月20日民集65巻1号399頁(以下、ロクラクⅡ事件最判という。)である。

もっとも、原判決を子細に読むと、クラブ・キャッツアイ事件最判に依拠する部分はほとんどない。原判決は、「利用される著作物の対象、方法、著作物の利用への關与の内容、程度等の諸要素を考慮し」、「その管理、支配下において、演奏の実現における枢要な行為」をしているか否かによって判断する(下線筆者、以下同じ。)との基準で著作物の利用主体性を判断しているが、これらはロクラクⅡ事件最判の強い影響が看守されるものである。

すなわち、同最判は、「複製の主体の判断」につき、「複製の対象、方法、複製への關与の内容、程度等の諸要素を考慮して、誰が当該著作物の複製をしているといえるかを判断」すべきであるとする一般論を述べた上で、地上波TV番組の転送サービス提供者について、「複製の実現における枢要な行為」をしているという点を理由に、複製行為の主体であることを認めた。問題はいかなる事実をもって「複製の実現における枢要な行為」に該当するのかであるが、同判決は、これを「サービス提供者は、単に複製を容易にするための環境等を整備しているにとどまらず、その管理、支配下において、放送を受信して複製機器に対して放送番組等に係る情報を入力する」ことであるとしている。これら下線を引いた文言の対比からも分かるとおり、原判決の判断の資料や枠組みは、ほぼロクラクⅡ事件最判をなぞったものと言える。

しかし、第一に、ロクラクⅡ最判は、著作物の物理的利用主体の認定(ひいては、直接侵害の成否)に関する先例であるから、先述のとおり規範的利用主体の認定(ひいては、間接侵害の成否)が問題となる本件について参照すること自体、そもそも妥当でない。

また、この点を仮に措くとしても、第二に、利用主体性を判断する決め手となる「枢要」性を判断するための管理・支配の状況について、原判決はロクラクⅡ事件最判とはかけ離れた事実の下でこれを肯定しており、賛成できない。すなわち、ロクラクⅡ事件最判の被告が、「放送を受信して複製機器に対して放送番組等に係る情報を入力する」という、「複製」に関するほぼ全ての要素をサービス提供者が行っている（顧客による関与は、むしろ自己へのネット「送信」にかかわる点に限られている）のに対して、本件の第1審被告には演奏に関するそこまでの関与は認められないにもかかわらず（繰り返しになるが、第1審被告は物理的演奏主体ではないので、これは当然である。）、安易に「枢要」性を肯定してしまっているように思われる。

## 五 クラブ・キャッツアイ事件最判——規範的利用主体の認定基準

そうすると、本件では、規範的利用主体の認定に関する唯一の最高裁判例である、クラブ・キャッツアイ事件最判の枠組みに従うしかない。

同最判は、「客のみが歌唱する場合でも、客は、上告人らと無関係に歌唱しているわけではなく、上告人らの従業員による歌唱の勧誘、上告人らの備え置いたカラオケテープの範囲内での選曲、上告人らの設置したカラオケ装置の従業員による操作を通じて、上告人らの管理のもとに歌唱しているものと解され、他方、上告人らは、客の歌唱をも店の営業政策の一環として取り入れ、これを利用していわゆるカラオケスナックとしての雰囲気を作成し、かかる雰囲気を好む客の来集を図って営業上の利益を増大させることを意図していたというべきであって、前記のような客による歌唱も、著作権法上の規律の観点からは上告人らによる歌唱と同視しうるものである……」（下線筆者）ことを理由に、カラオケスナック営業者を歌唱の主体であると位置づけたものである。

その可否は別として、同最判は、管理と図利目的という2つの視点（ここでは敢えて「要件」との用語を使用しない。）から、カラオケスナック店の顧客という物理的歌唱主体とは別に、その経営者について規範的歌唱主体性を肯定している。

しかし、本件の第1審被告は、ライブハウス出演者（ミュージシャン）に対する歌唱の勧誘、選曲範囲の限定、楽器やアンプ等の機材の操作をしていないから、クラブ・キャッツアイ事件のような物理的歌唱主体の管理状況にはない。また、第1審被告は、ライブハウスから営業上の利益を得てはいるものの、物理的歌唱主体であるライブハウス出演者からは出演料等を徴収しておらず、単に観客から食事代を得ているに過ぎないから、その図利目的は歌唱そのものの対価に直接向けられたのではなく、間接的であると言える。

したがって、現時点で参照に値する最高裁判例であるクラブ・キャッツアイ事件最判に照らして、本件第1審被告は実質的に物理的な歌唱の主体（ライブハウス出演者）とは同

視できず、規範的な歌唱の主体とはいえないものと解される。

翻って考えると、上記「三」で述べたとおり、現行著作権法は、営利目的で複製の場所と機器を提供する者であっても（公衆使用目的自動複製機器の場合）、また著作権侵害の専用装置を提供する者であっても（技術的保護手段回避装置等の場合）、物理的にはもちろん規範的にすら著作物の利用主体ではないと位置づけている。これら現行法が例示する主体との権衡の下では、演奏の場所と、演奏権侵害の専用品ではない機器をライブハウス出演者に提供するにとどまる第1審被告について演奏の主体と評価することは、（物理的にはもちろん規範的にも）バランスを欠き無理があると思われる。

## 六 結論

以上の検討の結果をまとめると、次のとおりとなる。

第一に、現行著作権法が著作物の利用主体性を否定している2つの例（公衆使用目的自動複製機器の設置者および技術的保護手段回避装置等の提供者）との権衡の下では、第1審被告は演奏の主体と評価されるべきではない。

第二に、ロクラクⅡ事件最判は、物理的利用主体の認定に関する先例であるから、規範的利用主体の認定が問題となる本件においては、そもそも参照されるべきでない。

第三に、本件に参照されるべき唯一の最高裁判例であるクラブ・キャッツアイ事件最判に照らしても、物理的演奏主体に対する管理が弱く間接的な図利目的しかない本件において、第1審被告の演奏主体性は否定されるべきである。

以上

-----  
島並 良 (しまなみ りょう)

**【略歴】**

平成 6 年 3 月 東京大学法学部卒業

平成 8 年 3 月 東京大学大学院法学政治学研究科修士課程修了

平成 8 年 4 月 同研究科 助手

平成 12 年 4 月 神戸大学大学院法学研究科 助教授

平成 19 年 4 月 同研究科 教授 (現在に至る)

平成 28 年 4 月 神戸大学大学院科学技術イノベーション研究科 教授 (兼任・現在に至る)

その間、スタンフォード大学 (米国)、ロンドン大学 (英国)、トロント大学 (カナダ)、シドニー大学 (豪州)、フォーダム大学 (米国) にて客員研究員を務めた。

**【主な著書】**

『岐路に立つ特許制度』(共編著、知的財産研究所、2009 年)

『ケースブック知的財産法 (第 3 版)』(共著、弘文堂、2012 年、初版 2006 年、第 2 版 2008 年)

『The Future of the Patent System』(編著、英国 Edward Elgar、2013 年)

『特許法入門』(共著、有斐閣、2013 年)

『著作権法入門 (第 2 版)』(共著、有斐閣、2016 年、初版 2009 年)

**【主な公職】**

文化審議会著作権分科会法制問題小委員会デジタル対応ワーキングチーム委員 (2005 年度～2008 年度)、産業構造審議会知的財産政策部会特許制度小委員会通常実施権等登録制度ワーキンググループ委員 (2007 年度)、工業所有権審議会弁理士審査分科会臨時委員 (弁理士試験委員) (2008 年度～2009 年度)、日本工業所有権法学会理事 (2008 年～現在)、著作権法学会理事 (2016 年～現在) ほか多数