
種 別： 論説

タイトル： 著作権法上の侵害主体をめぐる議論と刑法学における議論の対比

著 者： 照沼 亮介

所 収： 『上智法学論集』第 57 卷 4 号（平成 26 年 3 月）69-105 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

論 説

著作権法上の侵害主体をめぐる議論と刑法学 における議論の対比

照沼 亮介

- I はじめに
- II いわゆる「手足論」及び「カラオケ法理」との対比
- III 同時犯としての単独正犯性が問題とされ得る場合
- IV 「幫助者」に対する差止請求が問題となった事案

I はじめに（※）

本稿の課題は、著作権法 112 条 1 項における差止請求の対象となる「侵害する者又は侵害するおそれがある者」の意義に関して、著作物の物理的な利用行為を行っている者以外に、何らかの形で関与する者についてもここに含まれ得るかという点をめぐる議論、すなわちいわゆる間接侵害⁽¹⁾をめぐる議論につき、刑法学における議論、主に正犯・共犯

※本稿は 2013 年 11 月 16 日に早稲田大学で開催された 2013 年度 JASRAC 秋学期連続公開講座「著作権侵害をめぐる喫緊の検討課題 V 第 3 回 著作権法における手足論について」における報告を契機として執筆したものである。共同報告の機会をお与え頂き、さまざまなご教示を頂いた駒田泰土教授、上野達弘教授、中崎尚弁護士、ならびに当日貴重なご意見を頂いた方々に、この場を借りて御礼申し上げる。

(1) ただし、この概念は「論者によって多種多様な意味で用いられることが多いため注意

論(関与類型論)と対比した上で検討を加えるというものである。

確かに同法119条以下には罰則が設けられており⁽²⁾、そこで「侵害」行為として扱われるものについては、民事上の財産権侵害に関する理解に基づいて判断されるべきであるから⁽³⁾、罰則に関する解釈論において著作権法上の議論を参考にすることには直接的な意義が認められよう。もっとも逆に、著作権法上の解釈論に関し刑法学の議論を参照する場合には、詳しい議論に立ち入る以前に、まず以下のような点に注意が必要であろう。ひとまず本稿の主たる対象となる差止請求に限っていえば、不法行為による損害賠償請求の場面とは異なり、権利の排他性⁽⁴⁾を根拠に請求が認められるという性質上、①侵害主体に主観的性情(故意・過失)が備わっていることは必要とされず、また、②現在の侵害行為及び将来において行われる蓋然性の高い侵害行為が対象となるのに対して、侵害が終了してしまった場合にはこれによって対処することはできない⁽⁵⁾とされている。これに対し、「犯罪」の成立が問題となる刑法

を要する」と評されているように(上野達弘「著作権法における『間接侵害』」ジュリスト1326号〔2007年〕75頁注2)、外部から見る限り、用語法についてどこまでコンセンサスが得られているかの把握が難しい部分がある。

- (2) もっとも、立法政策及び実務上の運用の見地から現行法上の罰則のあり方が適切であるかについては、さまざまな議論があり、刑法学においても検討が必要である。一例として、中山信弘『著作権法』(2007年)518頁以下、(さらに巨視的な視点からの論考として、同「著作権制度の俯瞰と課題」ジュリスト1461号〔2013年〕80頁以下)、田村善之「著作権の間接侵害」知的財産法政策学研究26号(2010年)70頁以下。藤本孝之「ファイル共有ソフトの開発提供と著作権侵害罪の幫助犯の成否」同167頁は、Winnie事件(最決平成23年12月19日刑集65巻9号1380頁)の控訴審判決を素材とした、この問題に関する本格的な検討である。
- (3) 藤本・前掲(注2)180頁以下。また、より一般的に財産犯の成否を検討する上では民事法の解釈論に一定程度従属すべきと解するのが現在の多数説である。この点については差し当たり、島田聡一郎「財産犯の保護法益」法学教室289号(2004年)96頁以下、同「いわゆる『刑法上の所有権』について」現代刑事法62号(2004年)15頁以下、内田貴ほか編『民法の争点』(2007年)12頁以下(佐伯執筆)、佐伯「財産犯の保護法益」法学教室364号(2011年)102頁以下など参照。
- (4) 物権の構成といわれ、「物権法の借用概念」とも評されている(この点につき、中山・前掲〔注2〕470頁以下)。
- (5) 島並良=上野達弘=横山久芳『著作権法入門』(2009年)263頁(上野執筆)。

学の領域では、①については無過失行為は責任追及の対象とはなし得ず（一般的に責任主義の要請といわれる）、②については法益侵害の発生及び危殆化の発生を待って事後的に介入するものであること（刑事責任は回顧的責任であるといわれる）が前提とされている。さらに、③例えば組織内の上位者など、直接行為者の背後や周辺に位置する者に対しても損害賠償責任を課すことにつき直接の根拠を有する民事法（民法715条、719条などを参照）の領域とは異なり、刑事法の領域では、個人責任原理の要請から、直接の実行主体と切り離して端的に上位者に責任を問うことに対しては慎重であるべきと考えられてきた⁽⁶⁾。著作権法上の解釈論において刑法学の議論を参照しようとする際には、最初にこうした部分での差異が存在していることに注意が必要であろう。

Ⅱ いわゆる「手足論」及び「カラオケ法理」との対比

1 手足論

従来、物理的な著作物の利用行為を担っている者以外にも、いわば規範的な見地から侵害主体を拡張するための論理として、「手足論」と呼ばれる議論があるといわれている。ここでは、例えば経営者Xが雇用契約等の密接な「支配関係」によって他者である社員Yに物理的な利用行為を行わせ、そこから収益を挙げているといえるような場合には、Xにも主体性が肯定されている。

判例では、まず、キャバレー等の社交場の営業者が楽団に演奏をさせていた場合に関し、(判例1) 社交場営業の性格上、音楽演奏が不可欠であって、現実に社交場営業者側が常時楽団に演奏させていること、楽団

(6) 一例として、法人処罰をめぐる従来の議論につき文献も含め網羅的に概観できる近時の文献として、例えば山中敬一『刑法総論[第2版]』（2008年）189頁以下、「特集 法人処罰の現代的課題」刑法学ジャーナル17号（2009年）2頁以下、高橋則夫『刑法総論[第2版]』（2013年）94頁以下及びそれらに引用された文献を参照。

は曲目選定を一応委嘱されてはいるが、実質は営業者側の計画に従い、その指図に基づいて演奏に従事していたに過ぎず、結局は曲目の選定も営業者の「自由に支配しうるもの」であること、営業者は演奏によって多大の収益を挙げていることなどが指摘されて、演奏自体は楽団により行われているとしても、音楽著作物の使用は営業者においてなしているものだと認められた事例（名古屋高決昭和35年4月27日下民集11巻4号940頁、判時224号15頁。中部観光事件）や、**(判例2)** 楽団がその都度指示を受けることがなくとも、演奏の収益は営業者に帰属し、楽団は報酬をほぼ定額で受け、営業者に専属する形となっており、曲目の選定も自ずから営業者側にふさわしいものが選ばれ、ショーも事前に営業者側と打ち合わせた上で行われること、出演者が独自の立場で興行するわけではなく、その内容はすべて伴奏を必要とするものであることなどからすると、楽団の演奏は専ら営業者のために行われたものであって、営業者は自己の営業の手段として著作物を利用した主体であるとされた事例（大阪高判昭和45年4月30日無体裁集2巻1号252頁、判時606号40頁。ナニワ観光事件）がある。

また、**(判例3)** 音楽家による公演を全て企画し、個々の公演について契約に基づいて第三者を主催者として選定し得る立場にあること、演奏曲目の選定等に関与していないとしてもあくまでその者の企画に基づいて演奏が行われていること、演奏によって収益を得ていることなどに言及し、演奏は企画者の行為であるとした事例（東京地判昭和54年8月31日無体裁集11巻2号439頁、判時956号83頁。ビートル・フィーバー事件）や、**(判例4)** 演奏会の内容に関しては歌手等が所属するプロダクションが決定し、出演料収入を得ているものの、それ以外の点、例えば会場設定、入場料金の決定、チケット販売、宣伝等の活動、当日の会場運営管理等に関する業務をすべてプロモーターが行っており、プロダクションの得る出演料は定額であって、演奏会の損益はプロモーター側に帰属していることなどを踏まえた上で、演奏はプロモーターの管理下に行われ

ており、そこからプロモーターが経済的利益を得ていると認められるから、プロモーターが著作物を演奏使用したものであるとした事例（東京地判平成14年6月28日判時1795号151頁。ダイサン事件）⁽⁷⁾もある。

他方、否定例としては、(判例5) 家庭用テレビゲーム機本体にのみ接続可能な専用コントローラーを製造・販売する者が、購入したユーザーを「手足・道具」として映画の著作物としてのゲームソフトウェアを上映させることで、自ら上映権を侵害する主体となっていると評価し得るかが争われたケースにおいて、そのようにいうためには、単に製品を購入したユーザーが購入目的からして必然的に同製品を使用してゲームソフトウェアを上映するに至ることが明らかであるというだけでは足りず、①製品をユーザーに販売した後も、ユーザーが製品を使用してソフトウェアを上映することについて何らかの管理・支配を及ぼしていること、②製品を販売する目的がユーザーをしてソフトウェアを上映させることそれ自体により利益を得ることにあること、が必要であるとした上で、本件では、①についてはユーザーは製造・販売者の意思に関わりなく「自身の自由意思」をもってソフトウェアを上映している以上、そうした関係は認められず、②についても、製品の価格がソフトウェアの上映の対価そのものであるとか、あるいはこれが製品の価格のうちに含まれているとは認められないことなどから、そうした事情も認められないとした上で、結局ユーザーによる上映は製品の製造販売行為と上映という著作権侵害結果とを結びつける「単なる因果の流れにすぎない」ということができるとして、製造・販売者が侵害主体であるとはいえず、販売差止請求は認められないとされたものがある（大阪地判平成9年7月17日知的裁集29巻3号703頁、判タ973号203頁。NEO・GEO事件）。さ

(7) なお、プロモーター側が単に名義貸しをして謝礼を得たに過ぎない公演については主体性が否定されており、対外的に主催者と表示されていても「実際に演奏の主体としての行為をしなかった者」を演奏主体と認めることはできないとされている点が興味深い（判時1795号156頁）。

らに、(判例6) CS デジタル放送サービスにおいて商業用レコードを使用した音楽番組を放送する際に、その受信者がこれを MD 等に録音した場合、放送事業者が受信者を「自己の手足」として物理的な録音行為を行わせていると評価できるかが争われたケースにおいて、直接的な行為が主体でない者であっても、直接的な行為が主体を「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、実質的な行為が主体として法的に評価し、責任を負担させることも認められる、という前提を示した上で、放送事業者と受信者との間には受信の許諾と受信料の支払に関する契約関係が存在するのみで、録音に関しては何の合意もなく、録音するか否かは「専ら受信者がその自由意思に基づいて決定」しており、放送事業者が「その決定をコントロールし得るものではない」ことを指摘して、これを消極に解したものもある(東京地判平成12年5月16日判時1751号149頁。スターラジオ第2事件)。

以上のような議論は、直接行為者以外の背後者や上位者についても、直接行為者を「手足・道具」として利用支配していた場合には主体性を認めるというものであり、その点に関する限り、学説上もこうした議論を全面的に否定すべきとする主張は見られない⁽⁸⁾。しかし、後述するその他の法理との関連を含め、その具体的な内容や位置付けについては必ずしも明らかでなく、今日では手足論そのものの見直しが説かれるに至っている⁽⁹⁾。

-
- (8) 大淵哲也「著作権侵害に対する救済(1)」法学教室356号(2010年)143頁など参照。他方、同144頁は、(下位に属する)「単なる一機関・一部門」に物理的な行為を担わせたような場合にはこのような説明が可能であるが、それ以外の場合への手足論の拡張適用は慎重であるべきとする。
- (9) 上野「いわゆる『カラオケ法理』の再検討」『紋谷暢男教授古稀記念 知的財産権法と競争法の現代的展開』(2006年)791頁など。中山『著作権法』(注2)482頁は、手足とは比喩的表現に過ぎず、そこから侵害主体の範囲を確定できるものではないとし、同482頁注41では、手足論において規範的な解釈を施せば、次に述べるカラオケ法理との差は程度問題に過ぎないとされている。

2 カラオケ法理

次に、手足論において要件とされている「密接な支配関係」が認められない場合にも、規範的な見地からさらに主体性を拡張するための法理として判例上発展を遂げてきたとされるのが、いわゆるカラオケ法理である。

周知の通り、これは（判例7）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）を嚆矢とするものといわれている。ここでは、スナック等の経営者が、カラオケ装置と楽曲の録音されたカラオケテープとを店舗に備え置き、客に歌唱を勧め、客の選択した曲目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ていた場合には、たとえホステス等が歌わず客のみが歌っていた場合であっても、客は店側と無関係に歌唱しているわけではなく、その「管理のもとに歌唱している」のであり、他方、店側は「客の歌唱をも店の営業政策の一環として取り入れ、これを利用していわゆるカラオケスナックとしての雰囲気醸成し、かかる雰囲気を好む客の来集を図って営業上の利益を増大させることを意図していた」というべきであって、このような場合には客の歌唱も著作権法上の規律の観点からは店側による歌唱と同視し得る、とされた上で、店側が演奏権侵害の主体であるとされたのである。ここでは店舗と客との間に「手足」と呼べるような密接な支配関係は存在していないが、そこでも「管理性」と「利益性」を根拠として、直接行為主体を擬制的に拡張して認定するという手法が用いられているというのが一般的な理解である⁽¹⁰⁾。そして、このような判断手法

(10) 例えば、高部真規子「著作権侵害の主体について」ジュリスト1306号（2006年）115頁、上野「いわゆる『カラオケ法理』の再検討」（注9）783頁、同「著作権法における『間接侵害』」（注1）78頁、中山ほか編『著作権判例百選〔第4版〕』（2009年）191頁（大淵執筆）、193頁（岡村久道執筆）、195頁（田中豊執筆）、197頁（平嶋竜太執筆）、199頁（森義之執筆）、201頁（吉田広志執筆）、203頁（鳥並良執筆）などはいずれも同様の理解を示している。

は、こうした飲食店の経営者に対してカラオケ装置のリースを行う業者につき、単に著作権者との間で使用許諾契約を締結すべきことを経営者に告知するだけでなく、実際に契約を締結し又は申し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注意義務を負うとした最高裁判例(最判平成13年3月2日民集55巻2号185頁。ビデオメイツ事件)により追認されるに至った。

もっとも、(判例7)の射程や意義については注意が必要であることが既に繰り返し説かれてきた。本件当時は旧著作権法30条1項第8及び第2項により、適法な録音物を用いて著作物を興業し又は放送することは、出所の明示を条件として自由に可能であったところ、昭和45年の同法改正により、そうした再生行為にも演奏権が及ぶこととなった(2条7項)。しかし、一般の喫茶店等にも直ちに新法の規制を及ぼすことには混乱が予想されたため、同法附則14条により、一定の場合を除いて「当分の間」旧法下の制度を維持するものとされた。こうした背景から、本件においてもカラオケスナックにおけるカラオケテープの再生をもって演奏権侵害と捉えることが困難であったために従業員や客の歌唱について演奏権侵害とする主張がなされたという事情があり、もともと苦肉の策としての事例判断的な色彩が濃いものであったと説明されている⁽¹¹⁾。特に、平成11年改正によって附則14条が廃止された以降は、

(11) 本件調査官解説である水野武・最判解民事篇昭和63年度165頁のほか、半田正夫「カラオケ文化と音楽著作権」ジュリスト911号(1988年)30頁、高部「著作権侵害の主体について」〔注10〕125頁、中山ほか編『著作権判例百選〔第4版〕』〔注10〕190頁(大淵執筆)、上野「いわゆる『カラオケ法理』の再検討」〔注9〕787頁以下。また、(判例7)では不法行為に基づく損害賠償請求のみが問題とされており、差止請求に関する上告は却下されている点も指摘されている(この点に関しては、高部「著作権侵害の主体について」〔注10〕115頁注2、上野「いわゆる『カラオケ法理』の再検討」〔注9〕787頁参照)。もっとも、先例としての拘束力・射程が限定されているという認識が共有されていたとしても、それだけでは以後の事例において同様の法理を用いて解決を図ることが制限されるわけではない。学説上はその射程を限定した上で内容の再検討を図るべきだとする主張が有力であるように思われるが、他方において、(判例7)の示した基準・要件はあくまで例示的なものに過ぎないから、そうした要件を満たさない事

端的に上映・再生をもって演奏権侵害と解することが可能となったことから、もはや客の歌唱に着目する必要はなくなったため、本法理はカラオケ関連の事案ではなく、主にインターネット関連の事案において発達してきたといわれている。

以下、関連する裁判例を挙げていくと、まず、(判例8) 海外からバレエ団ないしダンサーを招聘し、公演を主催・実施した会社は、公演のパンフレットに主催者として記載され、上演会場、入場料金等を決定し、演目の決定についても関与し、公演チケットを販売してそこから収入を得てバレエ団に報酬を支払っていたなどの事実を照らすと、公演を管理し、公演による営業上の利益を収受したといえるので、実際に舞踊を演じたダンサーに限らず、会社側も上演の主体であり、侵害主体となるとしたものがある(東京地判平成10年9月9日知的裁集30巻4号841頁。ベジャール事件)。本件は公演のプロモーターについて侵害主体性が肯定された(判例3)、(判例4)に近いともいえるが、演者との間に「手足」と呼べるまでの強い支配関係があったといえるかは難しく、他方で演者自身の侵害主体性も肯定されている点でもやや様相を異にするほか、何より「管理性」と「利益性」を基準として掲げた上でこれを肯定している点は、(判例7)の延長線上にあると考えることができよう(なお本件も、差止請求が問題となった事案ではない)。

次に、(判例9) インターネット上で管理著作物がMP3形式の電子ファイルとして権利者の許諾なく送受信されていた点に関し、このようなファイル交換サービスの運営者が複製権、自動公衆送信権、送信可能化

案においても異なった考慮要素を用いて「柔軟」に侵害主体性を肯定していこうとする見解も見受けられるのである(既に、水野・前掲165頁。その他、塩月秀平「著作権侵害主体の事例分析—柔軟な認識に向けて」ジュリスト1316号〔2006年〕141頁以下、①作花文雄「著作物・複製物の利用・侵害行為の変容と帰責法理の構築」『紋谷暢男教授古稀記念 知的財産権法と競争法の現代的展開』〔注9〕1029頁、後述(判例14)における金築補足意見など)。こうした状況は、「判例を内在的に分析することによってその射程を適切な範囲に制限する」という手法のみに頼ることには限界が伴うという事実を如実に示すものであるといえる。

権を侵害する主体といえるかが争われたケースでは、運営者自身は各ファイルをサーバーに接続するという物理的行為をしているわけではないことを前提としつつも、そのサービスは性質上、具体的・現実的な蓋然性をもって特定の種類の著作権侵害行為を惹起するものであり、運営者はこれを予想しつつサービスを提供して侵害行為を誘発しているのであって、運営者にその点について「管理」があり、これによって「経済的利益」を得ている場合は、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いえ、侵害主体と認め得るとされた（東京高判平成17年3月31日LEX/DB28090467。ファイルログ事件）。ここでは運営者と個々の利用者との間には「手足」と呼べるような関係はおろか、**判例7**の事案のような場所的・時間的な意味における存在の同時性も認められないが、「管理性」と「利益性」という要件を用いて主体性を拡張したものと考えることができよう⁽¹²⁾。

また、**判例10** テレビ放送からあらかじめ選定された番組を同時に1週間分録画することができるサーバーを有する集合住宅向けハードディスクビデオレコーダーシステムを販売する業者に対して、テレビ放送事業者が、同商品は専ら著作権及び著作隣接権侵害に用いられるものとして、その販売及び同商品を入居者に使用させることの差止めを求めたケースにつき、現実の複製、公衆送信、送信可能化行為をしない者であっても、その過程を管理・支配し、かつ、これによって利益を得ている等の場合には行為の主体となり得る、という一般論が示されたが、1審判決では、行為主体は設置者（集合住宅の所有者、区分所有の集合住宅における管理組合など）であるとされ、販売業者は利用者の録画行為を幫助しているとはいえても行為主体そのものではないとされたが、販売行為自体が直接の侵害行為と同視できるとして112条1項を類推適用す

(12) 中山ほか編『著作権判例百選[第4版]』（注10）193頁（岡村執筆）は、本判決は「幫助行為の差止めを正面から認めることに疑義が強い現行法の下で、侵害主体概念を拡張するため」カラオケ法理に「仮託すべく、これを転用したもの」と位置付ける。

るという手法により差止め請求が認容された（大阪地判平成 17 年 10 月 24 日判時 1911 号 65 頁⁽¹³⁾）。これに対して控訴審判決では、前提としては 1 審と同様の一般論を採用しつつ、管理組合等は個々の入居者から機器自体の管理を委託されているに過ぎず、入居者による複製等の過程について管理・支配を及ぼしているわけではなく、これによって利益を得ているわけでもないという理由から主体に当たらないとされ、むしろ販売業者の側こそが販売後もその過程を技術的に決定・支配しており、保守管理を行って、これにより利益を得る者であるから、「自らコントロール可能な行為により侵害の結果を招いている者として、規範的な意味において、独立して著作権、著作隣接権の侵害主体となる」と評価されている（大阪高判平成 19 年 6 月 14 日判時 1991 号 122 頁。選撮見録〔よりどりみどり〕事件）。

そして、(判例 11) レストランカフェの店舗における楽曲の演奏につき、特に A)「ピアノ演奏」、B)「ライブ演奏」（第三者主催のもの、本件店舗主催のものに区別される）、C)「貸切営業」（結婚披露宴や各種パーティー等）のそれぞれにおける侵害主体性が問題となった事案において、やはり管理性と利益性を基準とする見地から、1 審判決が、A) B) における店舗側の主体性を肯定しつつ、C) においては演奏は店舗と無関係に行われる場合が多く、これによって収益を得ているとも認められないとして否定したのに対し（大阪地判平成 19 年 1 月 30 日判時 2000 号 103 頁）、控訴審判決においてはこれに加えて B) のうち第三者主催のライブにおける店舗側の主体性も否定されるに至っている（大阪高判平成

(13) なお、原告（テレビ放送事業者）側が被告（販売業者）側の侵害主体性を認めるべきとする立論の過程において、(判例 6) における視聴者には録音するかしないかの自由意思が残されているのに比して、本件におけるユーザーは商品を利用する際に侵害行為をしないという選択肢が用意されておらず、「その点で自由意思が入り込む余地がない」と評価した上で、被告は商品の利用者を「自己の手足として利用」、「あたかも道具のごとく一方的に支配・利用」する関係にあるとして、著作権侵害罪の間接正犯に当たる可能性があると主張されており、興味深い（判時 1911 号 76 頁以下）。

20年9月17日判時2031号132頁。デサフィナード事件)。この部分に限りもう少し詳しくみると、1審判決では、店舗側が主催者に対して著作物の利用許諾を得たかどうか確認せずに黙認して会場を提供することは、いわば主催者による侵害行為を利用して自らの営業上の利益を図るものであるとして、主催者と共同して演奏権を侵害していると評価されていたのに対して、控訴審判決では、この場合には店舗側は客からのライブチャージ徴収事務を担当し、例外的に予約を受け付けることがある以外は何も関与しておらず、演奏者から使用料等も受領しておらず、演奏者に対する演奏料の支払いもしていないのであるから、ライブを支配・管理しているとはいえず、ライブ開催による直接の利益も得ていないという評価がなされ、演奏主体とはいえないとされている(他方、A)、B)のうち店舗側の主催にかかるものについては、店舗側の企画によりその管理に基づいて、「音楽を楽しめるレストラン」としての雰囲気作りの一環として行われ、これによって利益を得ているとして主体性が認められている)。

3 間接正犯論との対比(後掲・図1参照)

以上のような状況を踏まえ、本稿との関連で注目すべきであるのは、主にカラオケ法理の妥当性を再検討する文脈において、しばしば刑法学における間接正犯論・共同正犯論が比較対象とされている点である⁽¹⁴⁾。そこで、以下において対比を試みることにしよう。

①「支配」の意義

まず手足論については、その内容のうち、直接実行主体を「道具」と

(14) 高部「著作権侵害の主体について」(注10)115頁、124頁、130頁以下。他に作花「著作物・複製物の利用・侵害行為の変容と帰責法理の構築」(注11)1037頁、中山ほか編『著作権判例百選[第4版]』(注10)203頁(鳥並執筆)、大淵・前掲(注8)144頁など。さらに、駒田泰士「判批」『新・判例解説 Watch』(2013年)212頁参照。

して利用し手足のように扱うとか、「行為に対する支配」が認められるといった説明部分に着眼するならば、一見すると間接正犯の成立根拠に関する古典的な説明⁽¹⁵⁾と親和性があるようにも思われる。かつては、構成要件に該当することが文理から直接に認められる行為、すなわち「実行行為」を行った者が正犯であるという理解が前提とされていた。そしてその根拠は、「実行行為」は教唆・帮助行為よりも法益侵害結果を生じさせる「危険性／確率がより高い」行為である、という点に求められており、間接正犯の場合にも、この意味における高い危険性が認められる場合には、「実質的に」実行行為を担っていたといえる、という論理を用いて正犯性が肯定されていたと考えられる⁽¹⁶⁾。

しかし今日では既に、このような説明の妥当性が疑われて久しい。一般的な理解では、責任無能力状態にあるXの行為を利用して他人を殺害した場合は間接正犯となり、報酬を支払って凄腕の殺し屋Yに依頼して暗殺を行わせた場合は殺人罪の教唆犯にとどまると解されているが、結果が発生するという「危険性」や「確率」でいえば後者の方が高いといえる。従って、危険性の大きさが「正犯性」に直結するわけではないことになる。むしろここでは、事態の成否を左右し得るだけの働きかけを行っていたか否か、言い換えれば不法の実現過程を実質的にみて「支配」していたといえるか否かが重視されていると考えられる。従来、間接正犯とは「器具や動物を用いる場合と同じように直接行為者を『道具』として用いて犯罪を実行する場合である」と説明されることが多かったが、これはひとつの比喩であって、常に直接実行者をロボットのような状況にまで追いつ込む必要があるわけではない。なぜなら、ここでいう支配とはあくまでも構成要件を実現する過程、不法実現のプロセスに

(15) 団藤重光『刑法綱要総論[第3版]』(1990年)154頁以下、大塚仁『刑法概説(総論)[第4版]』(2008年)158頁以下、福田平『全訂刑法総論[第5版]』(2011年)261頁以下、大谷實『刑法総論講義[新版第3版]』(2009年)156頁以下など。

(16) 大塚・前掲(注15)160頁、内藤謙『刑法講義総論(下)Ⅱ』(2002年)1336頁。

対する支配であって、直接実行者という「人」に対する完全な支配ではないからである（行為支配説⁽¹⁷⁾）。以上に対して、近年の学説ではさらに間接正犯の成立範囲を明確にする（ないし、限定する）という見地から、直接行為者が「自律的意思決定を欠いていた」場合（遡及禁止論⁽¹⁸⁾）や、「規範的障害とはいえない」場合（規範的障害説⁽¹⁹⁾）に限り、背後者に間接正犯の成立を認め得るとする見解も有力に主張されている。もっとも、そうした場合に間接正犯の成立を認め易いことは確かだとしても、上述したような見地からは、理論上そのような場合だけに成立範囲が限定されるわけではないように思われる⁽²⁰⁾。

② 5つの類型

従来、一般的に間接正犯の成立が認められるとされるケースは、概ね以下の5つほどに分類されて説明されてきたので、それぞれを概観しておくこととする⁽²¹⁾。第1に、背後者が暴行や脅迫によって、直接行為者の意思決定を抑圧するような形で強制力を及ぼし、構成要件を実現させる場合（強制による支配）である。例えば、Xが養女であるA（当時12歳）に対し、日頃からタバコの火を押し付けるなどの暴行を加えて自己の意のままに従わせ、Aに窃盗行為を行わせたという事案に関し、最

(17) ドイツにおける多数説である。原語は *Tatherrschaftslehre* であって、「支配」の対象となるのは直接行為者という人ではなく、*Tat* の実現過程（結果発生に至るプロセス）であるが、この点は刑法学の領域においても誤解されていることが多い。

(18) 山口厚『刑法総論[第2版]』（2007年）68頁以下、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（2002年）2頁以下、高橋則夫＝杉本一敏「遡及禁止と間接正犯」法学セミナー704号（2013年）99頁以下（杉本執筆）。

(19) 曾根威彦『刑法総論[第4版]』（2008年）236頁以下、山中・前掲（注6）810頁以下など。

(20) 山口ほか『理論刑法学の最前線』（2001年）164頁以下（佐伯仁志執筆）、林幹人『「間接正犯」について』『現代社会型犯罪の諸問題』（2004年）90頁以下、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（2005年）74頁以下、松原芳博『刑法総論』（2013年）341頁など。

(21) 以下での分類は、差し当たり、井田良ほか『よくわかる刑法[第2版]』（2013年）83頁（照沼亮介執筆）で行ったものを基礎としている。

高裁は、AはXの日頃の言動に畏怖し、意思を抑圧されていたのであって、仮にAが是非善悪の判断能力を有していたとしても、Xには窃盗罪の間接正犯が成立するとした（最判昭和58年9月21日刑集37巻7号1070頁）。ここでは、刑事未成年者を利用して犯罪を行わせる場合であっても、①「制限従属性説に立ち、教唆の成立が肯定されるから」間接正犯の成立が否定される、とか、逆に②「直接実行者の自律性が欠けるから」背後者には間接正犯が成立する、というような形式的な処理はなされておらず、背後者が暴行などの強制力によって直接実行者に与えていた影響を考慮した上で、実質的に事態の成否を左右し得るだけの行為を行っていた点が重視されていると解され、妥当であるように思われる。

第2に、事態の全体像を把握している背後者が、錯誤により行為の意味を理解していない直接行為者を利用して構成要件を実現する場合（欺罔による支配）がある。例えば、被害者を言葉巧みに欺いて高压電線に触れさせたり、道案内をするふりをして落とし穴の上に誘導するなどの行為によって傷害結果を生じさせる場合（詐称誘導）が挙げられる。

第3に、直接行為者に当該構成要件実現に関する故意が欠けており、これを利用する背後者には故意が備わっているような場合（故意なき者を利用する場合）がある。講談事例としてしばしば挙げられるものとして、医師Xが患者Aを毒殺する目的で、看護師Yの知らないうちに注射器に毒薬を混入しておき、Yが不注意でこれに気付かずAに注射を行って死亡させた、というケースにおいて、Yは業務上過失致死罪の正犯であるが、これに対するXは共犯としては処罰できないものの、全体像を把握し、「殺人」という不法内容の実現過程を支配していたといえるので、間接正犯が成立すると一般的には解されている。

第4に、身分犯や目的犯の場合において、直接行為者にそれらの要件が欠けているが、その行為を利用する背後者にこれらの要件が備わっている場合（非身分者／目的なき者〔「故意ある道具」などと呼ばれる者〕を

利用する場合)である。例えば、政治家(公務員)であるXは、事情を知っている公務員でない自己の妻Yに指示して業者Zに面会させ、Zから自己への賄賂を受け取らせたという時には、収賄罪の構成要件に該当するためには公務員としての地位(身分)が必要となるが、Yにはそれが欠けるため、実行従属性との関係で、Xにはこれに対する教唆犯は成立しない。しかしそれでもなお背後のXには間接正犯が成立すると考えられてきた。また、Xは自分が詐欺の手段として使用する目的で、そのような目的を持たない業者Yを騙して偽造通貨を造らせたという時、通貨偽造罪の構成要件に該当するためには「行使の目的」が必要となるが、Yにはそれが欠けるため、Xにはこれに対する教唆犯は成立しないものの、やはり間接正犯として処罰しうると考えられてきたのである。もっとも現在では、前者のケースでは妻Yの自律性は否定できないため、Xには間接正犯の成立は認められないとしつつ、非身分者に身分者が関与した問題であることから、65条1項を適用してXに共犯(特に共謀共同正犯)の成立を認める見解が有力である⁽²²⁾。

第5に、直接行為者の適法行為を利用する場合が挙げられる。例えば、Xは最終的にはYを陥れて傷害を負わせる目的で、わざとYを唆して屈強なAに対して襲い掛からせ、予想通りにAは正当防衛行為によって反撃し、Yに傷害を負わせたというような時には、(Yの暴行に対する教唆は別として)Aの傷害に対する関係では、要素従属性に関する一般的な理解からは、適法行為に対する幫助犯は成立しない。しかし、Xに事態全体を左右しうるだけの支配・統制力が備わっていたというような特別な事情が認められるときに限っては、傷害罪の間接正犯が成立しうると解されている。また、Xが警察官にYについての虚偽の犯罪事実を申告して、その正当業務行為を利用してYを逮捕させた場合には、やはり逮捕行為との関係で教唆犯の成立を認めることはできない

(22) 山口・前掲(注18)72頁、西田典之『刑法総論[第2版]』(2010年)331頁、松原・前掲(注20)346頁以下など。

が、逮捕罪の間接正犯が成立し得ると解されてきた。ただし、実際上このようなケースが生じ得るかは疑問だとされることも多い⁽²³⁾。

③「支配性」と「利益性」

ひるがえって手足論を採用したとされている判例や学説による説明をみると、直接行為者が著作権侵害を行うか否かにつき「自由な意思決定」の余地があったか否かを問題とした上で、それが失われていた場合に背後者の利用主体性を肯定しているように見受けられる部分がある。しかし、そこで基準とされる「自由」「自律性」の程度がいかなるものであるかについての議論がほとんど見当たらず、明らかでないという点を除くとしても、判例にみられるように、専属的な雇用契約が締結されているなどの事情から背後者の意思に従った演奏行為を行っているというだけで果たして「自由意思が失われていた」とまでいえるのかは疑問である。そうすると、これは直接行為者に対する指示・命令の影響力や事実上の心理的拘束力が相対的に大きかったことを示す比喩的な表現にとどまると考えられる。さらに問題となるのは、これと並列する形で、直接実行者の行為から「収益」「経済的利益」を得ているという部分であるが、これは間接正犯の正犯性を基礎付けるものとは明白に異なる。確かに、そうした事情が直接正犯者の意思決定に影響を与えることはないとはいえず、その限りで間接事実としての意味を持つことはあろうが、少なくとも間接正犯としての正犯性を基礎付ける「成立要件」として扱われることはないように思われる。

この点は、カラオケ法理との関係でも同様である。ここでは一層直接

(23) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(1975年)362頁、前田雅英『刑法総論講義[第5版]』(2011年)47頁など。むしろ、同じく違法性阻却事由が存在する場合の中でも、正当防衛状況などをはじめとした緊急状況の存否に関する誤信を利用するケースについては意思決定の自律性を奪われた者を利用するケースの延長線上において理解し、他方、警察官の逮捕行為などを利用するケースについては錯誤により事実認識を欠く者を利用するケースの延長線上において理解した方がよいかもしれない。

行為者に対する「支配」の程度が緩和され、必ずしも明確でないような場合においても、背後者に主体性が肯定されているが、そこでの「管理性」「利益性」のいずれにウエイトが置かれているかは、事案によりニュアンスの差がある。例えば手足論に立ったとされる(判例6)では「管理性」の観点が強調されているように見えるのに対して、(判例9)(判例11)などにおいてはかなり「利益性」に重きが置かれているようにも見受けられる。いずれにしてもそれらの間に統一的な判断基準を見出すことは難しく、上述の理由から間接正犯との類似性を認めることも困難である。

④直接行為者の行為の性質

また、これらの法理が適用される場合に、直接実行者はなお「主体」足り得るのか、言い換えれば背後者と同時に侵害主体として評価されているのかという問題は、刑法上は、関与者の罪責を検討するに際して、例えば狭義の共犯における実行従属性原理との関係(構成要件該当行為を通じて間接的に結果発生を促進したといえなければ、教唆・幫助は成立しない)や、共同正犯における本質論との関係(構成要件的な見地から等質であり「重なり合う」とされる範囲内でのみ共同正犯関係が認められ、60条の効果が及ぶと解する立場が有力である⁽²⁴⁾)などにおいて、いずれも重要な考慮要素とされているが、侵害主体性に関する従来の著作権法上の判例においては必ずしもそうした部分が明確に意識されていなかったように見受けられる。例えば手足論との関係では、仮に直接行為者が「手足」と評価される場合には侵害主体性が否定されるという効果が意図されているのだとするならば、それは必ずしも刑法上の間接正犯に関する一般的な理解と同じではない。例えば典型例とされる上述の第1のケースでも、直接行為者は構成要件に該当する違法な行為を自ら

(24) なおその理解をめぐる争いはあるが、最決平成17年7月4日刑集59巻6号403頁において、判例もそうした考え方に親和的な態度を示したと解されている。

行っている以上、直接正犯としての正犯性を有しており、単に責任が欠けるので無罪となるに過ぎない⁽²⁵⁾。また、第3のケースでは直接行為者には（業務上）過失致死罪が成立することが前提とされており、罪責から解放されるわけではない。もっとも、正犯性の有無は個々の構成要件（例えば「殺人罪」）ごとにおいてその都度問題とされるべきであると考えられるところ、「殺人罪」において直接行為者の答責性が失われていることを間接正犯成立の必須条件と解する立場を前提とするなら、同様の帰結に至るようにも思われる。しかし、そうした立場が必ずしも多数というわけではなく、例えば心身耗弱（39条2項）により刑の減軽がなされるにとどまる「殺人罪」の直接正犯者を利用する場合にも一同一の構成要件該当事実である「殺人罪」について一背後者に間接正犯の成立する余地はあると考えられてきたのであるから⁽²⁶⁾、やはり直接行為者が常に処罰対象から排斥されることにはならないといえよう。

なお、上述した第5のケースでは、直接実行者に「違法性」が肯定できない場合について間接正犯の成立が肯定されている。これは、狭義の共犯が成立するためには要素従属性の見地から一般的には直接正犯者の行為に構成要件該当性のみならず違法性まで肯定される必要がある（従って、正当防衛による反撃行為を唆したり支援した者には、傷害罪等の教唆・幫助は成立しない）と説かれるのに対し、計画的に直接行為者の正当防衛状況を作り出してその行為を利用し、意図した侵害結果を生じさせた場合には、少なくとも理論上は、直接行為者には犯罪は成立しなくとも、背後者には適法行為を利用した（例えば傷害罪の）間接正犯が成立するとされる。さらに、上述の第2のケースなどにおいて明らかなよ

(25) このような理解として、例えば井田良『刑法総論の理論構造』（2005年）299頁、照沼『体系的共犯論と刑事不法論』（注20）95頁など。

(26) 注20の学説参照。なお、これらのほか、判例上は、直接実行者を幫助犯として扱いつつ背後者に間接正犯の成立を肯定する「故意ある幫助的道具」と呼ばれるケースも散見されるが、少数であり、学説からも批判が多い。西田ほか『注釈刑法第1巻総論』（2010年）794頁以下（島田執筆）などを参照。

うに、第三者のみならず、被害者自身の行為を利用する場合にも間接正犯の成立は認められるが⁽²⁷⁾、ここでは「直接行為者」の行為は多くの場合単なる自損行為に過ぎず、違法性はおろか構成要件該当性すら具備しないことが一般的である(傷害罪〔刑法204条〕でいえば、「他人」の身体を傷害しなければ最初から構成要件に該当しない)。

他方、著作権法の領域においては近時、こうした部分がカラオケ法理の有する問題点として意識され始めているようで、例えば(判例7)では、客自身を主体と考えた場合、その歌唱には侵害性が認められず、従ってスナックの経営者は教唆・幫助に当たらない(すなわち、共同不法行為とはならない)のに対し、ここで規範的な見地から背後の経営者自身が独立した侵害主体であると扱うことにより、直接行為者(客)の行為に対する従属性を不要とする帰結に至っていることが認められる⁽²⁸⁾。大淵教授はこの点を強く問題視され⁽²⁹⁾、特許法101条における擬制侵

(27) 例えば被害者自身の行為を利用した殺人未遂の間接正犯の成立が肯定された例として、最決平成16年1月20日刑集58巻1号1頁参照。

(28) 中山ほか編『著作権判例百選[第4版]』(注10)189頁(高林龍執筆)はこの点を指して、「刑法における共謀共同正犯はもちろん従犯の成立さえ認められない場面において、客の行為は経営者の単なる道具としての行為にすぎないとして間接正犯の成立を認めたものだということができよう」と評される。従犯との関係では(一般的な理解に立つ限り)その通りであるが、共同正犯に関しては、従属性原理との関係だけでいうならば、共同正犯者における過剰防衛の成否は各人についてそれぞれの要件を満たすかどうかを検討して決するべきだとし、被害者側の暴行は、積極的加害意思がなかった者にとっては急迫不正の侵害となるが、積極的加害意思のあった者にとっては急迫性を欠くものであって、Xには(正当防衛も)過剰防衛も成立しないとした最高裁判例(最決平成4年6月5日刑集46巻4号245頁)があり、一般的にこの帰結は妥当と解されることから、共同正犯関係の成否は構成要件レベルの問題であって、その後、他の共同正犯者の行為について正当防衛が成立し、違法性が阻却される場合であっても、自身の罪責には影響しないと考えられている。もともと、(判例7)のような状況においては、本文でも触れるように、それ以前に意思連絡を欠くため共同正犯の成立は認められないように思われる。

(29) 以下については、中山ほか編『著作権判例百選[第4版]』(注10)190頁以下(大淵執筆)、大淵「著作権侵害に対する救済(1)(2)」(注8)142頁以下、法学教室360号(2010年)137頁以下。田村「著作権の間接侵害」(注2)37頁以下、65頁以下、67頁以下は、これを適法行為を違法行為に転化する機能であって危険であると指摘する。さ

害のような規定を有さない著作権法においては、間接侵害が成立するためには直接行為者による侵害の存在が前提となるとする立場（従属説）を採用すべきだとされる。教授によれば、いかなる意味においても侵害に該当しなければ差止の対象にはならず、これを助長・容易化しても侵害とはならないのであり、カラオケ法理の適用を推し進めてこれを迂回した形で背後者の侵害主体性を拡張していくと、侵害行為性判断の基準となるべき直接行為者についての検討が疎かになり、ひいては支分権該当性・権利制限非該当性という「2本の柱」に拠って立つ著作権制度を根底から掘り崩すことになりかねないとされる。本稿にはこの点について立ち入って検討を加える能力はないものの、こうした問題意識は著作権法上の侵害主体性の有無に関する判断プロセスの明確化を図ろうとする議論であって、傾聴に値するものであるように思われる。

ただ、こうした理解を推し進めていくことで明らかになるのは、結局、そこで肯定される背後者の「侵害主体性」なるものは、少なくとも刑法上の間接正犯の正犯性とはさまざまな点で異なるものだという事実であるように思われる。正犯行為への従属性が必要となる狭義の共犯や、後述するように他者との意思連絡が一般的に必要な共同正犯とは異なり、間接正犯は、60条以下の共犯既定の適用を必要とせず、単純に直接実行行為を行った場合（直接正犯）と同様に処罰される単独正犯であって、「従属性」を要求される類型ではないからである。

らに、中山『著作権法』（注2）480頁以下、前田健「著作権の間接侵害論と私的な利用に関する権利制限の意義についての考察」知的財産法政策学研究40号（2012年）182頁以下も参照。

なお、推測であるが、このような議論がなされ、また、本文で示すような間接正犯論とのギャップが生じる背景には、例えば直接行為者の行為に私的使用のための複製（著作権法30条1項）としての性質が認められる場合に、それが単に違法性を阻却されるというだけでなく、そもそも「侵害」自体が存在していないと説明する著作権法上の理解があり、それを、事実としての法益侵害が生じていても構成要件に該当しない、あるいは構成要件には該当しても（可罰的な）違法性は具備しないとして、「結論的に適法行為となる」とする帰結に至り得る刑法上の理解に照らしたときに、その背後に位置する者の責任を考える上でズレを生むのではないかと考えられる。

4 共同正犯論との対比⁽³⁰⁾ (後掲・図2参照)

他方において、手足論、カラオケ法理の双方において要件としてしばしば言及される「利益性」については、現在の判例・多数説における共同正犯論のうち、正犯性に関わる要素の一部との間に類似性が認められるように思われる。すなわち、現在の判例では、関与者間における意思連絡の存在を前提とした上で、たとえ実行行為の一部を分担していない者でも、例えば犯罪の計画・立案に際して主導的な立場にあったり、犯行道具や逃走手段などを調達したり、犯行によって得た収益の分け前に多く与ったりすることにより、犯罪の実現にとって重要な役割を果たした場合には共同正犯としての正犯性が肯定されている⁽³¹⁾。学説上も、他の関与者との共謀の経過、主従関係、犯行の動機の強さ、積極性、結果に対する利害関係の有無・程度、犯行準備や犯行後の証拠隠滅・逃走

(30) 以下についてより詳しくは、照沼亮介「共同正犯の理論的基礎と成立要件」『刑事法の現代的課題(下)町野朔先生古稀記念』(2014年刊行予定)を参照されたい。

(31) 例えば、最決平成13年10月25日刑集55巻6号519頁では、母親が12歳の子供を説得して強盗を実行させたが、子供は犯行現場で自らの判断により臨機応変に対処して強盗を成功させたという事案につき、①子供は刑事未成年(41条)ではあるが是非弁別の能力があり、母親の指示も子供の意思を抑圧するようなものではなく、子供は臨機応変に対処していたことなどに照らすと間接正犯は成立しないとされ、他方、②計画を立案し、犯行道具も与えるなどして指示を出し、奪ってきた金品を全て領得したことなどは、母親は(教唆犯にとどまらず)共同正犯となるとされている。また、最決平成15年5月1日刑集57巻5号507頁(スワット事件)では、暴力団幹部Xのボディガードらがその警護のためにけん銃を所持していた行為につき、直接の指示は下していなかったものの、Xはけん銃の所持を概括的とはいえ確定的に認識しており、また彼らに対して所持しないよう指示命令できる立場にありながら、けん銃による警護を当然のものとして受け入れ、これを認容しており、ボディガードらもそのことを認識していた、という事案について、ボディガードらがけん銃を所持しながら終始Xの近辺にて行動をともにしており、Xが指揮命令する権限を有していて、警護を受ける立場であったことを考慮すれば、正にXが彼らに「けん銃を所持させていた」と評し得るので、Xには銃刀法違反の罪の共同正犯が成立するとされている。ここでは意思連絡の存否が最大の問題となっているが、本文で示した正犯性に関しては、まさに警護という犯行から生じる「利益」「効用」を得ているのはXであるという部分に求められていると解される。

手段の確保、利得分配の程度等を「総合的に判断」して、重要な役割を果たしたといえる場合には正犯性が認められるとする見解が有力に主張されている⁽³²⁾。この点、実務経験者においては「正犯意思」のような主観的事情に言及する見解が多く見られ⁽³³⁾、学説においてはむしろ客観的な寄与の重大性を重視する見解が有力である⁽³⁴⁾という差はあるが、いずれにおいても上記の多様な間接事実を用いてこれらの有無が判断されているため、結論的に大きな差はないと評されている⁽³⁵⁾。これらのうち、「犯行によって得られた利益の程度」というのは、厳密に言えば既遂後の事情であって、直接問題となる犯行それ自体の違法性や有責性の程度を左右し得るものではないが、これも既遂に至るまでに与えた影響力や果たした役割の重大性を示す間接事実となり得る、と一般的に考えられているようである⁽³⁶⁾。

仮に、手足論やカラオケ法理においては、侵害主体性の判断に際して当該著作物の利用によって得られた収益の程度が重視されているということであれば、こうした理解に馴染む部分があるのかもしれない。この点に関し、(判例7)における「利益性」要件に関して、「カラオケ装置の稼働に比例して直接的な収入の増加があることまで要求しているのではなく、カラオケ装置の設置が全体として営業上の利益を増大させる目的でされていることをいうと理解できる」とする見解⁽³⁷⁾もあるが、他方、(判例11)のように、実際にその行為から生じた利益であるのか

(32) 例えば前田・前掲(注23)491頁以下、519頁以下など。

(33) 詳しくは杉田宗久=平城文啓=仁藤佳海「共犯(1)―共謀共同正犯の成立要件(上)(下)」判タ1355号(2011年)75頁以下、同1356号(2011年)50頁以下、及びそこにおいて引用されている文献を参照。

(34) 一例として、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(2013年)404頁以下。

(35) 佐伯・前掲(注34)404頁以下、西田ほか編『刑法の争点』(2007年)100頁以下(照沼執筆)など参照。

(36) 筆者自身はこうした理解に対しては疑問を抱いているが、本稿では立ち入らない。

(37) 牧野利秋「ファイル・ログ事件仮処分決定と複数関与者による著作権侵害(上)」NBL750号(2002年)26頁。(判例5)についてもそのような位置付けができるかもしれない。

を慎重に判断する立場もあり、後者のように現実に取得した利益・効用の程度を重視する立場の方が、より共同正犯の正犯性に関して言及されている内容に近いといえよう。もっとも上述したように、刑法上の議論においても犯行結果から享受した利益の程度というのはせいぜい間接事実の一つに過ぎず、それ以上の意味を持つものではないし、著作権法上の議論においても、利益の帰属の程度を主体性判断に関わらせることに対しては既に疑問が示されていることからすると⁽³⁸⁾、以上の点は過大に評価すべきではないのかもしれない。

さらに最近では、(判例12)電子ファイル化の依頼を受けて、依頼者の所有する書籍を権利者の許諾を受けずにスキャナーで読み取ってファイル化し、これを依頼者に納品するサービスを行っていた業者に複製権侵害の主体性が認められるかが争われたケースにおいて、利益性の基準を示すことなく、業者と依頼者それぞれの複製過程に対する関与の程度を確認し、書籍の電子ファイル化という作業は複製における「枢要な行為」であって、これをなしているのが業者である以上主体性を肯定すべきだとして、差止請求を認めた裁判例が出現している(東京地判平成25年9月30日LEX/DB25445900。自炊代行業事件)。ここでは手足論との関係についても言及されており、依頼者がその手足となる他の者を利用して複製をした場合には、依頼者自身が複製したといえる場合もあるが、そのためには手足とされる者の行為が複製のための「枢要な行為」であって、この行為が依頼者の管理下にあるとみられることが必要だとされている点が興味深い(この基準は、後述する(判例14)を受けてのものであると解される)。このような基準は、一面において客観的な寄与の重大性を基準とする考え方に近いのかもしれない。しかし、本判決は上記の一般論を踏まえて、この場合の依頼者につき、確かに業者は依頼者の発注を受けて書籍をファイル化し納品しているのであるから、利用者が

(38) 上野「いわゆる『カラオケ法理』の再検討」(注9)788頁、同「著作権法における『間接侵害』」(注1)80頁以下、駒田・前掲(注14)213頁など。

因果の流れを支配しているようにもみえるとしつつ、このようなファイル化に際しては、書籍を裁断し、裁断したページをスキャナーで読み取り、ファイル化したデータを点検するなどの作業が必要となるどころ、一般の書籍購読者が自らこうした作業を行うことは費用負担や労力・技術の面で困難を伴うのであり、むしろ中核となるファイル化の作業は業者が行っており、他方、依頼者はその作業には関与していない、と説明されている。ここでは依頼者は侵害主体からは排除されているように見受けられる。そうすると、本件は共同正犯的な態様ではなく、端的に業者自身の直接正犯的な態様が認められたものとして捉えた方がよいのかもしれない。

さらに、仮に以上のような正犯性に関する議論がクリアできたとしても、既に述べた通り、共同正犯の成立にはこれに先立って意思連絡の存在が前提であり、これは狭義の共犯とは異なって、常に相互的なものが必要であるとするのが一般的な理解である⁽³⁹⁾。少なくとも(判例7)のような事案では直接実行者である客との間にこうした関係を認めることはできないし、インターネットを介したサービス提供のような事案で個々の利用客との間にこうした関係が存在していたことを立証するのは、不可能であるとははいえないが、實際上極めて困難であろう。

以上のことから、カラオケ法理等によって侵害主体性が肯定されているケースについて、共同正犯論の観点から統一的に説明することも、現状では難しいように思われる。

Ⅲ 同時犯としての単独正犯性が問題とされ得る場合 (後掲・図3参照)

近年では、一般的にはカラオケ法理の延長線上に位置付けられること

(39) この点を独自の観点から明快に説明するものとして、高橋=杉本「意思連絡について」法学セミナー706号(2013年)96頁以下(杉本執筆)参照。

が多い判例の中でも、利益性の観点を後退させ、もっぱら「管理・支配」性を強調しているように見受けられるものがある。例えば、(判例13) CD等の楽曲をユーザーが自己のパソコンで圧縮した上、インターネットを経由してサーバー内のハードディスクにアップロードして蔵置し、これを任意の時期に自己の携帯電話にダウンロードして、携帯電話で音楽を聴くことができるようにするストレージサービスを提供していた者の行為が複製権・自動公衆送信権の侵害に当たるかが問題とされたケースでは、業者側が本件サーバーを所有し、支配下に設置して管理してきたこと、ユーザーが個人レベルで音源データを携帯電話で利用することは相当程度困難であって本件サービスを利用して初めて可能になるものであり、原告が本件サービスを利用するのに必要不可欠なソフトを作成・提供していることなどが重視された結果、サーバーにおけるファイルの複製主体は業者であり、他方、ユーザーはどの楽曲を複製するか等の操作の端緒となる関与を行ったにとどまるとされた(東京地判平成19年5月25日判時1979号100頁。MYUTA事件)。ここでは「利益性」の基準が後退している点が注目される。

他方、最近では、(判例14) 親子機能を有する2台1組のハードディスクレコーダーのうち1台を親機として日本国内に設置し、国内のテレビ放送波を受信・録画し、これに対応するもう1台を子機として利用者に貸与・譲渡することで、利用者は子機を操作し、受信・録画された放送を複製して子機に送信させ、子機に接続したテレビで番組データを再生し、視聴することができる、というサービスを提供する業者につき、複製の主体となり得るかが争われた事案では、控訴審判決が、業者は複製を実質的に管理・支配しているとはいえず、初期登録料等を利用者から受領していたとしても複製情報の対価を得ていたとはいえないとして、利用者の視聴は適法な私的利用行為であり、本件サービスは「利用者の自由な意思に基づいて行われる適法な複製行為の実施を容易ならしめるための環境、条件等を提供しているにすぎない」のであって、(判

例7)とは事案を異にすると評価したが(知財高判平成21年1月27日民集65巻1号632頁)、これに対して上告審判決は以下のように述べて破棄差戻しとした。すなわち、このようなサービスの提供者がその管理・支配下において受信した放送を複製機器に入力しておいて、録画の指示がなされると複製が自動的に行われる場合には、録画の指示を利用者が行うものであっても、複製主体はそのサービス提供者である。そして、複製主体の判断に当たっては「複製の対象、方法、複製への関与の内容、程度等の諸要素」を考慮して判断すべきところ、こうした場合の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に係る情報を入力するという、複製の実現における「枢要な行為」をしており、こうした行為がなければ利用者が録画の指示をしても複製をすることはおよそ不可能である、という。そして、親機の「管理状況等について更に審理を尽くさせるため」原審に差し戻すこととする、という説明がなされている(最判平成23年1月20日民集65巻1号399頁。ロクラクⅡ事件⁽⁴⁰⁾)。ここでは、少なくとも判文を見る限りでは⁽⁴¹⁾、利益性を否定した控訴審判決の事実認定が明示的に否定されて

(40) その後の差戻審判決は、最高裁と同様の枠組みを採用した上で、業者側が親機を設置・管理し、その管理支配下において放送番組等を親機に入力しており、利用者が録画を指示すると複製が自動的に行われる状態を継続的に作出していると認定し、複製主体であると評価している。その際、利用者から対価を直接的に受領しているか、親機の設置場所はどこであるかはいずれも確定的に認定することはできないが、それらの事情は結論に影響しないとされている点が目を引くところである(知財高判平成24年1月31日判時2141号117頁)。

(41) なお、本判決には裁判長である金築誠志判事の補足意見が付されている(民集65巻1号404頁以下)。それによれば、従来カラオケ法理に対しては不明確性について批判が加えられていたが、行為主体性の判断に際しても、①「単に物理的、自然的に観察するだけでは足りるものではなく、社会的、経済的側面をも含めて総合的に観察すべき」であり、この意味で本法理もそれは一般的な法解釈の手法と特に異ならない、②そこで考慮されるべき要素も行為類型によって変わり得るのであり、「管理・支配」と「利益の帰属」という2つの要素を固定的なものと考えべきではない、③控訴審判決の見方は、親機の管理・支配が持つ社会的、経済的意義を軽視し、「総合的視点」を欠くもの

いる部分はなく、それどころか言及すらなされていない。むしろ、ひとたび指示がなされれば自動的に複製が行われるという「機器」を、自己の管理・支配下に置いているという点に重きが置かれている。

この点に関して、ジュークボックスによる録音再生や上映のように、操作自体は利用者側が行うのであっても、こうした機器を設置し、自己の管理下に置いている者の側に、直接に行為主体性が認められるとする考え方が示されている(ジュークボックス法理)⁽⁴²⁾。もし仮にこのような考え方を刑法学上の議論と対比するのであれば、おそらくはこれまで述べてきた共犯論の問題ではなく、むしろ直接正犯者とは異なる別の主体について、同時に直接正犯者として扱われる場合(同時犯などと呼ばれる)に近いと思われる。中でも、両者が必ずしも同等の状況に置かれ

であり、本件ではこの事実だけで業者側を録画の主体とみることができる、④利用者は録画、視聴できるというサービスに対して料金を払っているのだから利益の帰属も肯定できる、という。

①はそれ自体では当否を判断し難い抽象的な内容であり、論拠としては大きな意味を持たないから、その他の点がより重要であると考えられる。この点、③だけを見れば、以下本文で述べるような基準を示したものとも見る余地があるが、②、④によってそうした理解は不可能となる。これらによって従来のカラオケ法理に依拠した判例との一貫性を維持しているという趣旨であるのかもしれないが、それならば④の点も破棄差戻しの理由に加えるべきである。何より、②のような説明は議論を一層混乱させるものにほかならない。専門家である職業裁判官の間では暗黙の共通理解によってこの程度の抽象性は埋め合わせることができているのかもしれないが、特に刑事法の領域においては、裁判員裁判制度の導入後、より国民一般に対して可視的な議論・判断プロセスを担保すべく、こうした諸事情を列挙した上での抽象的な「総合考慮」のみを前面に打ち出すような議論は徐々に排斥されつつある。最高裁判例であるとしても(むしろ逆に、「最高裁判例だからこそ」ともいえるが)、従来とは異なった事例について違った法理を展開すべきだと考えるのなら、その論理の過程をまず明瞭に示すべきであって、理由付けを不明瞭なままにしておきながら先に結論だけを確保し、あとは単に「学説の展開・成熟を待つ」(その後、全体を統一的に説明できるような使い勝手の良い議論が出てきた時には「ようやく判例の先見性に追いついた」と評するのかもしれない)というだけでは、これまでの下級審判例における解釈論の積み重ね、苦心に対する敬意が欠けていると言われても仕方ないのではないだろうか(この点につき、高林・ジュリスト平成23年度重要判例解説284頁も参照)。

(42) 大淵「著作権侵害に対する救済(1)」(注8)142頁注4。駒田・前掲(注14)214頁も参照。

ているわけではないこと、また問題となる主体の側において侵害の危険源となり得る存在が管理されており、いわばその管理義務違反が問題とされているということなどを踏まえるならば、不作為犯論の領域における議論に類似しているとみることができるようと思われる⁽⁴³⁾。いかなる場合をそのようなケースとして捉えるかは難しいところがあるが、学説上は、例えば過失に基づくビル火災で死傷者を生じさせた場合、防火・救命のために必要とされる管理体制の確立を怠り、出火原因となる漏電を放置したり、防火シャッターや救命胴衣、スプリンクラー、避難器具等の適切な設置・整備をしなかった点について、それぞれの担当責任者に作為義務違反を認めたり、あるいはそうした体制を備えていない建造物自体を危険源と捉えて、これを管理・支配していた者（経営者など）に作為義務違反を認める考え方が示されている⁽⁴⁴⁾。さらに近年では、欠陥製品につき企業の製造・販売担当者や経営者、行政官僚等に回収義務を課すことができるか否かが盛んに論じられており、その際にこうした点が問題とされることも多くなっている⁽⁴⁵⁾。

もっとも、そのように考える場合にも慎重な考慮が求められる⁽⁴⁶⁾。詳しく立ち入る余裕はないが、各個人が自由な存在であることを制度的に保障し、尊重すべきと考えられている現代では、他の行為主体が自律

(43) 著作権法上の議論においても、明示的にこの点に言及する見解（大淵「著作権侵害に対する救済(1)」〔注8〕144頁）のほか、**判例7**に代表されるカラオケ法理を、直接行為者に対して「保証人的地位」にあった者に対して代位責任を問う英米法の論理に通ずると評する見解（高部「著作権侵害の主体について」〔注10〕124頁以下）や、必ずしもその論理構造は明らかではないが、広く一般的に侵害主体性を判断する際に随所で「侵害防止・回避措置」の程度や「相応の注意義務を尽くさなかった」点に言及する見解（作花「著作物・複製物の利用・侵害行為の変容と帰責法理の構築」〔注11〕1022頁、1023頁、1036頁等）などがみられる。

(44) 例えば、山口・前掲（注18）91頁、山中・前掲（注6）234頁以下、高橋・前掲（注6）156頁以下など参照。

(45) 差し当たり、北川佳世子「欠陥製品回収義務と刑事責任」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第1巻』（2006年）181頁以下及びそこに引用された文献を参照。

(46) 以下の内容に関しては、照沼「不作為犯」法学セミナー 690号（2012年）10頁以下を参照して頂ければ幸いである。

的な意思決定の所産として生じさせた違法な事態については、その背後に位置する者に無限定に後見的な地位を認め、責任を負担させるべきではないと考えられている(一般的な「犯罪阻止義務」「官憲通報義務」の否定)。特に、罪刑法定主義が前提となる刑事法の領域においては、単純な作為犯処罰の場合よりも、不作為犯処罰の方がより深刻な問題を生じさせ得る。すなわち、作為犯処罰の場合には問題となる作為のみをやめさせることで結果発生を防止し得るのに対し、不作為犯処罰の場合には、他に考えられる行動の選択肢を全て断念させた上で、その場で直ちに「必要となる作為」を行わせなければ結果発生を防止し得ない。このため、不作為犯処罰の方がより国民の行動の自由に対して干渉し、制約を及ぼす度合いが高い。さらに、必ずしも条文上明示されていない場合にも不作為犯処罰を認める(不真正不作為犯の肯定)という一般的な考え方に立つならば、「必要となる作為」が具体的にどのようなものであるのかは、国民に対する行動の自由保障との関係で、作為犯処罰に比してより不明瞭になってしまう部分がある。こうしたことから、作為義務を課してその違反を根拠に処罰対象とするにしても、いかなる事情を考慮してどこに限界を画すべきかについてはさまざまな議論があり、一致が見られているとはいえない状況にある。

さらに、次章との関係で問題になるところであるが、不作為犯においては正犯・共犯の関係や区別に関して見解の一致が見られておらず、いかなる場合に正犯性を肯定すべきかについては争いがある⁽⁴⁷⁾。このた

(47) 議論の現状として、松原・前掲(注20)431頁以下、佐伯・前掲(注34)430頁以下。また、詳しく論じる余裕はないが、法益侵害結果は生じたものの、直接行為者に何らかの意味で違法性阻却事由が存在していた場合に、背後で管理責任を負う者にいかなる範囲で作為義務違反が肯定されるかは従来あまり論じられていなかったように思われる。仮にこれが肯定されるとすると、正犯性を具備すれば直接行為者とは無関係に単独正犯となり得るであろうが、正犯性が否定されれば、共犯処罰のためには従属性が必要である関係で、一般的な理解からは処罰できなくなるということになろう。つまり、ここでも(間接正犯の場合と同様に)正犯性の有無が実質的に処罰の可否を分けることになる。

め、こうした場合に著作権法上の侵害主体としていかなる要件の充足を求めるべきかは極めて困難な問題となる。

IV 「幫助者」に対する差止請求が問題となった事案

上述した点との関連で、幫助者に対する差止請求が認められるかが問題とされたケースについて触れておきたい。もっとも、差止請求の可否それ自体については、そもそも物権的請求権がどこまでの範囲を対象として予定しているかなどに遡り、さまざまな議論が展開されているものの⁽⁴⁸⁾、本稿において検討を加える余裕はないので、以下では侵害主体性の有無に絞って言及することとした。

この問題に関しては、判例上は先に掲げた（判例10）の1審判決が限定的にこれを認めているほか、以下のものが著名である。すなわち、（判例15）音楽著作物を無許諾で使用する飲食店に通信カラオケ装置をリースしている業者について、カラオケ用楽曲データの使用禁止措置をとるべき旨の差止請求がなされた事案において、裁判所は、このような場合、業者はカラオケ装置と楽曲データを各店舗に提供してはいるものの、それ以上に店舗における演奏行為に関与するものではなく、いつ、どの楽曲を演奏するかについて直接関わるものではないから、直接的な行為主体であるということとはできないとしつつ、他方で、これらの提供行為によって演奏ないし上映を可能としているものであり、現に各店舗が著作物の使用許諾を得ていないことを知りながら提供を継続しているのであるから、店舗側の著作権侵害行為を故意により幫助している者であるということができるとした。その上で差止請求の可否については、著作権法112条1項における差止請求は、著作物の独占的支配を確保す

(48) 例えば、高部・最判解民事篇平成13年度（上）121頁以下、同「著作権侵害の主体について」（注10）122頁以下、125頁以下、大淵「著作権侵害に対する救済(1)」（注8）145頁以下、同「(2)」（注29）137頁以下など。

る手段として、著作権等の円満な享受が妨げられている場合、その妨害を排除して独占的支配を維持、回復することを保障した制度であるところ、物権的請求権の行使として差止めを求める相手方は必ずしも侵害行為を主体的に行う者に限られるものではなく、少なくとも主体に準じる立場にあるような幫助行為をする者も含まれるものと解し得るとした。その根拠としては、規定の文理上特段の支障はないこと、現に侵害行為が継続しているにもかかわらず、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こと、こ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ことが掲げられている。さらに、この点に先立って一般的な基準として判示されている部分をみると、幫助行為の内容・性質、現に行われている侵害行為に対する幫助者の「管理・支配」の程度、幫助者の利益と侵害行為との結び付き等を総合して観察した時に、幫助行為と侵害行為が密接な関わりを有し、幫助行為を中止する「条理上の義務」があり、かつこれによって著作権侵害の事態を除去できるような場合には、幫助者は侵害主体に準じるものと評価できる、とされている。これに照らすとき、本件では、①演奏・上映を行う上で不可欠なカラオケ装置及び楽曲データを提供していること、②装置のリースに際して管理著作物に係る使用許諾契約の締結・申込の有無を確認すべき条理上の義務を怠っており、その後、現に店舗側が侵害行為を行っていることを知りながら、許諾を受けることを促し、従わない場合には契約を解除した上、カラオケ装置を停止し、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こと、③（店舗側においてリース料の支払遅滞などの事態が生じた場合に備えて）通信回線を経由して一定の信号を送信することにより、設置されたカラオケ装置を使用できないように制御できる手段を有していること、④得られるリース料は各店舗の演奏・上映行為と密接な結び付きのある利益といえることが認められ、リース業者は侵害主体に準じると評価し得る幫助行為を行っており、かつ、これを中止することで侵害状態を除去で

きる立場にあるというべきだと解されている（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）。

ここでは、**（判例7）**等を前提として明確に店舗側を直接行為主体だとした上で、背後に位置するリース業者については主体性を否定し、幫助者として扱っている。この意味で、ひとまず従属性の問題は生じないといえよう。またその際、著作物の利用時期と利用対象の決定に関与していないことを理由に主体性が否定されていることから、「管理・支配」の内容として要求されるのはこのような事情であると推測することができる⁽⁴⁹⁾。他方、一般的な理解に反して、直接の侵害主体に対してのみならず、一定の要件が充足された場合にはその幫助者に対する差止請求も可能だと解する論理を展開する過程においては、原告側の権利内容だけでなく、被告側の「悪性」にも着目した利益衡量が行われているという指摘もみられる⁽⁵⁰⁾。さらに、刑法上の観点から付け加えるとすれば、業者の行為は、当初、許諾契約の締結・申込の有無を不注意で確認せずに引き渡した作為による前半部分と、その後店舗側の侵害を認識しつつ放置したという不作为による後半部分とに分けられる。仮にこれらの行為についての刑事責任が問題となり、結論的に幫助にとどまるとするならば、過失による教唆・幫助は一般に否定されていることとの関係上、故意を生じた以降の後半部分のみが処罰対象とされることになろう。

さらに、**（判例16）**インターネット電子掲示板に書籍における対談記事が無断で転載されたことを受けて、電子掲示板の運営者に対し、送信可能化権、公衆送信権の侵害を理由とする差止請求がなされたケースでは、この運営者の侵害主体性が問題となったが、1審判決はまず、著作権法における差止請求の相手方は、民法上、所有権に基づく妨害排除請求権は「現に侵害を生じさせている事実をその支配内に収めている者」を相手方として行使し得るものとされていることと、特許法101条

(49) 中山ほか編『著作権判例百選[第4版]』（注10）203頁（鳥並執筆）。

(50) 中山ほか編『著作権判例百選[第4版]』（注10）203頁（鳥並執筆）。

等では一定の類型に限り幫助行為に関する特別な規定が置かれていることからすれば、現に侵害を行っている主体、あるいは主体として行うおそれのある者に限られるとした。その理由は、一般的に幫助者に対する差止請求権を認めてしまうことは、「不法行為を理由とする差止請求が一般的に許されていないことと矛盾するだけでなく、差止請求の相手方が無制限に広がっていくおそれもあり、ひいては、自由な表現活動を脅かす結果を招きかねないものであって、到底、採用できない」点に求められている。その上で本件では、電子掲示板が多数の個別テーマに関する掲示板から構成されていること、無料で誰でも利用でき、自由に書き込みを行うことができること、経営者側は送信可能化前に書き込みの内容をチェックしたり改変したりすることはできないことなどの事情が認められることから、各発言の主体は各発言者であり、経営者は侵害主体とはならないから、差止請求の対象とはならないと結論付けられている(東京地判平成16年3月11日判時1893号131頁)。これに対して控訴審判決は、まず、「自己が提供し発言削除についての最終権限を有する」運営者は、書き込まれた発言が著作権侵害に当たるときは、「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」として、単に著作権侵害となるような書き込みをしないよう注意事項を示すなどの事前の対策を講じるにとどまらず、著作権侵害となる書き込みがあった場合には「適切な是正措置を速やかに取る態勢で臨むべき義務」があるとする一般論を示した。その上で本件では、著作権侵害は発言の記載自体から極めて容易に認識し得た態様のものであり、掲示板に対する書き込みが継続していたのであるから、その情報は劣化を伴うことなくそのまま不特定多数の者のパソコン等に取り込まれたり、印刷されたりすることが可能な状況が生じていたものであって、明白かつ深刻な態様であった。従って、権利者側からの通知を受けた際

には直ちに書き込みの状況を認識することができ、「発言者に照会するまでもなく速やかにこれを削除すべきであった」にもかかわらず、上記照会すらせず、「何らの是正措置を取らなかった」のであるから、「故意又は過失により著作権侵害に加担していたものといわざるを得ない」として、差止請求を認めた（東京高判平成17年3月3日判時1893号126頁。2ちゃんねる小学館事件）。

注意を要するのは、このうち最後の部分における「著作権侵害に加担していた」という表現であり、この部分だけをみる限りでは、運営者は幫助者として共同不法行為の成立が認められているかのように受け取られる余地がある。しかし全文を読めば、「放置した」という不作為それ自体が侵害に当たるとされ、単独で侵害主体になると考えられていることは明らかであろう⁽⁵¹⁾。そうすると控訴審判決の論理は、Ⅲで示した不作為単独正犯的な態様の行為主体性を認めるものであったと考えることができる。

では、仮に（判例13）や（判例16）などの帰結をこうした論理によって正当化し得ると考えた場合、これらと、幫助者にとどまるとされた（判例15）のようなケースとの区別は可能であろうか。一つの試論として、（判例15）ではカラオケ装置及びデータのリースという行為においては、リース業者とそれらの装置を用いる個々の店舗との結び付きが極めて強いと認められるものの、他方で「演奏」「上映」といった行為との関係では準備的・周縁的・付随的な性質にとどまり、その不作為は店舗側の作為と比較すると相対的に寄与度が低いと解され、またリース業者と店舗経営者とがそれぞれ置かれた状況を考えるときに、前者に後者の後見的な地位まで付与することにも問題があると考えられるのに対し

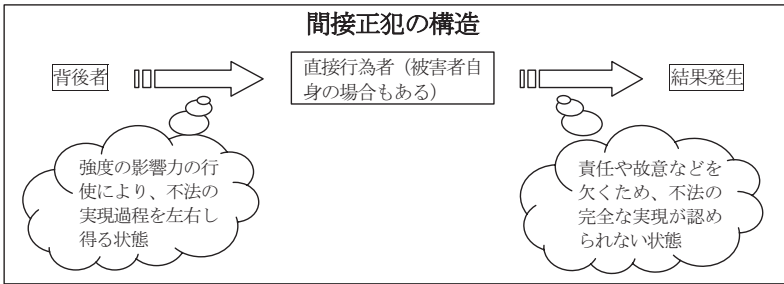
(51) この点、控訴審判決の論理はカラオケ法理とも（判例15）とも異なっているが、本件では掲示板への書き込みの大半は著作権侵害を構成するものではなく、書き込み行為に対する経営者側の関与の程度も高くないから、支配・管理性を充足しないという事情が存在していたとする指摘がある（中山ほか編『著作権判例百選[第4版]』〔注10〕95頁〔泉克幸執筆〕）。

て、(判例13)におけるサーバーの管理やソフトの提供、(判例16)における電子掲示板の設置・運営などといったサービスの性質は、不特定多数の利用者との間の結び付きが強いとはいえ、他方において侵害結果との関係ではそれらの設備・機器が一種の「危険源」となっているため、利用者の作為とは独立した形で主体性を認めることや、利用者の作為との関係で包括的・後見的な地位を付与することには問題がない、という説明が考えられる。こうした説明は、同質の作為義務を負う者の中でも、提供するサービスの性質や置かれた地位などを考慮し、問題となる放置・不作為の寄与度に差異を認めて正犯と幫助とを区別するという発想に基づいているが、理論面を含めた包括的な検討は今後の課題とせざるを得ない⁽⁵²⁾。

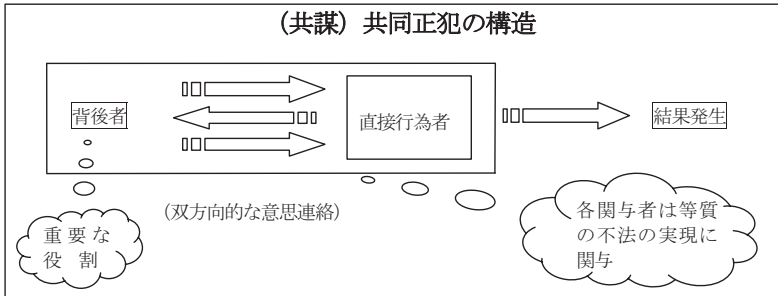
(本学法学部教授)

(52) 関連して、インターネット上の記載内容に対するプロバイダーの責任については、プロバイダー制限責任法において損害賠償責任の範囲が限定されている関係上、刑事責任の範囲についてもさらに慎重な検討を要する。この問題に関しては、高橋和之ほか編『インターネットと法[第4版]』(2010年)44頁以下(松井茂記執筆)、71頁以下(高橋執筆)、113頁以下(山中敬一執筆)、239頁以下(佐久間修執筆)、270頁以下(青江秀史=茶園成樹執筆)、360頁以下(渡辺愷之執筆)、豊田兼彦「知的財産権侵害の罪」法学教室398号(2013年)104頁以下などを参照。

(図1)



(図2)



(図3)

