

中国のコンピュータ・ソフトウェア保護に 関する実務の動向 (4 ・ 完)

吳 慧 建

はじめに

第 1 章 中国のコンピュータ・ソフトウェア保護制度の概要

- 1 権利の客体
- 2 権利の主体
- 3 権利の内容と制限
- 4 権利の救済及び処罰 (以上, 291号)

第 2 章 事例分析 (1) 実体法上の諸論点

- 1 侵害認定の手法
 - (1) 創作性と保護範囲の問題
 - (2) 証拠に関する若干の分析 (以上, 294号)
- 2 最終ユーザーの法的責任
 - (1) ソフトウェア保護条例における民事責任規定
 - (2) 力天ソフトウェア 旅遊 ERP V2.0 著作権侵害事件

- 3 著作権の帰属
 - (1) 職務著作の権利帰属
 - (2) Sunshine CAIS 事件 (以上, 296号)

第 3 章 事例の分析 (2) 救済をめぐる諸論点

- 1 差止請求
 - (1) 中国における侵害の停止の民事責任
直接の権利侵害行為以外の行為に対する差止請求
侵害するおそれに対する差止
差止請求の内容について
 - (2) 日本著作権法第112条に規定する差止請求権について
直接侵害と間接侵害との区別 著作物の利用主体
共同不法行為者としての教唆・幫助者
侵害主体に準じる者としての間接侵害者
- 2 損害賠償
 - (1) 損害額の算定方法に関する規定の比較
中国著作権法第48条について
日本著作権法第114条について
中日著作権法における賠償額算定方法に関する規定の比較
 - (2) 中国における損害賠償額の算定
権利者の実際の損失を賠償額とする場合

- 侵害者の違法所得を賠償額とする場合
権利者の受けるべき使用料相当額及び法定賠償の場合
- (3) 中国における損害賠償額の算定に関する検討
 - (4) 日本における損害賠償額の算定
民法第709条に基づく損害賠償
侵害行為により得た利益の額
著作権等の行使につき受けるべき金銭の額
 - (5) 日本における損害賠償額の算定に関する検討
- おわりに (以上, 本号)

第3章 事例の分析 (2) 救済をめぐる諸論点

著作物にかかわる諸権利の実効性を確保するために、日本の著作権法は著作物利用の特徴に照らして民事、刑事の両面から救済措置を設けている。著作権等の権利侵害があった場合には、著作権法に限らず、民法などの関係規定の適用も可能である。それらの救済規定が具体的にどのように解釈・運用されるのかは、権利者側のみならず、侵害者とされる側にとっても重要な問題である。日本において著作権等の権利侵害者に対して、権利者は、差止、損害賠償、不当利得返還、名誉回復等の救済を裁判所に求めることができるが、実際にどのような救済が受けられるか、それが十分であるか否かは、侵害の態様や権利者による立証困難の程度などによって異なる。特にプログラムに係る著作権侵害事件における侵害事実、損害の証明は権利者にとって容易ではない。

他方、中国では、民事、刑事の救済措置に加えて、行政による救済措置も講じられており、後者は今日でも重要な救済手段と位置づけられている¹⁾。しかし、権利侵害者に対する罰金、違法所得の没収等の行政制裁は、侵害行為への制裁と社会秩序の維持にあり、被害者である権利者の利益が行政制裁によって十分に回復される訳ではない。近年における中国の法整備と司法改革の進行に伴い、民事救済を求める権利者の意識が高まってきている。司法統計によると、中国著作権法が実施された最初の年である1991年に全国の裁判所で受理された第一審での著作権紛争事件はわずか

150件であったが、1999年には750件にまで増加した。2000年以降は、中国の知的財産諸法が順次改正されて、知的財産訴訟全体が急増した。2004年11月25日開催の JICA 中国知的財産権シンポジウムでの北京第二人民法院の邵明艶裁判官の報告によれば、2001年に中国の裁判所で受理された知的財産に関する第一審民事事件は5265件で、うち5041件について裁判の結果が出された。また、2002年に全国の裁判所で新たに受理された第一審、第二審及び再審知的財産事件は7800件あり、そのうち、著作権侵害事件は1122件であった。ソフトウェアの著作権侵害訴訟に関しては全国規模での数字は公表されていないが、たとえば、北京市第一中級人民法院2001年の統計によると、当該裁判所が2001年に受理したソフトウェア著作権侵害事件は23件で、著作権侵害訴訟全体の14%を占めたとされる。著作権及び著作人格権が侵害された場合、民事救済にかかわる法規定とその裁判における運用とは、権利者にとって利益の回復に直接繋がるものであり、今後ますます重視されると予想される。本章では、民事救済、とりわけ差止め、損害賠償に限定して、中日の判例・学説を比較検討したい。

1 差止請求

著作権侵害訴訟において、侵害行為の差止は基本的な請求内容の1つである。差止に関する実務上重要な論点として、第1に、差止の対象は、直接侵害者の行為に限定されるか、それとも、それ以外の関係者の行為にまで及ぶか、及ぶとすれば誰のどんな行為に及ぶのかという問題がある。この点について、日本及び中国の著作権法の条文規定は必ずしも明確ではない。第2に、「侵害するおそれ」の差止について、これをどのように判断するかという論点もある。以下、事例を通してこれらの問題に関する中日の実務における解釈・運用を比較検討する。

(1) 中国における侵害の停止の民事責任

中国著作権法及びソフトウェア保護条例において、「侵害の停止」は著作権侵害行為にかかる民事責任を負う方式として規定されている(中国著

著作権法第46条, 同第47条, ソフトウェア保護条例第23条, 同第24条)。これは, 中国の民法通則に沿ったものである。中国の民法通則では, 契約違反(債務不履行)責任と不法行為(中国語では「侵權行為」)責任とを包括する「民事責任」という章が設けられ, その「民事責任を負う方式」(以下「責任方式」という。)の節において, 「侵害の停止」が最初にあげられ(民法通則第134条1項1号), その後に, 「妨害の排除」(同2号), 「危険の除去」(同3号), 「財産の返還」(同4号), 「損失の賠償」(同7号)など10種類の責任方式が列挙されている。これらの責任方式は, 単独で適用することも, 併用することもできる(同条2項)。このように, 中国民法通則の不法行為に関する規定では, 権利侵害に対する民事責任という捉え方が前面に現れている。不法行為責任の効果としても, 民法通則第134条に規定する責任方式が適用される²⁾。中国の民法学者によると, 中国において一般的に議論されている不法行為責任の構成要件は, 実質上損害賠償責任の構成要件である。不法行為責任における「侵害の停止」「妨害の排除」「危険の除去」などの責任方式に関しては, 厳格な責任構成要件の充足は要求されず, 権利侵害の事実さえあれば, 損害の証明がなくても求めることができる³⁾。知的財産権侵害に関して, 中国民法通則第6章「民事責任」の第3節「不法行為の民事責任」の第118条は, 「公民, 法人がその著作権(版權), 特許權, 商標權, 発見權, 發明權およびその他の科学技術成果權について剽窃, 改纂, 偽造等の侵害を受けた場合に, 侵害の停止, 影響の除去, 損害の賠償を請求する権利をもつ」と定めている。したがって, 何等かの権利が侵害されたとき, その侵害行為に対して差止請求ができることは当然とされる⁴⁾。

直接の権利侵害行為以外の行為に対する差止の可否については, ソフトウェア保護条例第30条にいう「ソフトウェアの複製物の所持者」⁵⁾, 及び法釈(2002)31号の第20条3項⁶⁾にいう「出版者」に対しては, 明文の規定によってこれを認めている。

この問題を考える条文上の手がかりとして, これ以外には共同不法行為

責任に関する民法通則第130条がある。しかし、本条は「2人以上共同して権利を侵害して他人に損害を与えたときは、連帯責任を負わなければならない」とのみ規定しており、教唆・幫助による共同不法行為に関する規定はない。この点について、民法通則に関する1988年の最高人民法院の司法解釈⁷⁾は、他人を教唆して不法行為を行わせ、あるいは他人が不法行為をなすのを幫助した者は、共同不法行為者として連帯して民事責任を負わなければならないとする。また、2004年1月に公布された最高人民法院による「コンピュータ・ネットワークにかかわる著作権紛争事件の審理に関する法律適用の若干の問題についての解釈」⁸⁾によれば、インターネット・サービス・プロバイダーは、ネットワークを利用して他人の著作権侵害行為に関与した場合、またはインターネットを利用して他人を教唆して著作権侵害行為を行わせ、若しくは他人が著作権侵害行為をなすのを幫助した場合、裁判所は、民法通則第130条の規定に基づいてプロバイダーの共同不法行為責任を追及しなければならないとされる。コンテンツを提供するプロバイダーが、明らかにユーザーの著作権侵害行為を知っている、あるいは著作権者から確かな証拠をもって警告されたにもかかわらず著作権侵害行為を排除する措置を採らず放置する場合も同様に、共同不法行為責任が追及されることになる。前記司法解釈は、明確に民法通則第130条に基づいて、プロバイダーが著作権侵害行為の教唆・幫助者としての共同不法行為責任を負うと規定するが、民法通則第130条の規定に「損害を与えたとき」という要件が課されていることから、その連帯責任の責任方式は損害賠償であると考えられる。

これらの規定のみに照らすと、共同不法行為者としての教唆・幫助者に対して差止請求が認められるかは明らかでないが、実務においては、以下に紹介するように、直接に侵害行為を行っていない者に対して差止を認めた事例が多数存在する。さらに、直接侵害者が行う著作権侵害行為を幫助する役割を果すプロバイダーが、侵害の拡大を防ぐ作為義務を負うことを示唆する裁判例も現れるに至っている。

直接の権利侵害行為以外の行為に対する差止請求

(i) 善意の販売者

北京市高級人民法院(2003)高民終字第246号民事判決⁹⁾は、民俗音楽の利用をめぐる事件で小売業者である被告に対する差止請求を認容した原審判決を支持したものである。原審の原告は、中国のある少数民族地区の地方政府である。被告 Y₁は、当該民族の伝統音楽を基に作曲を行い、被告 Y₃は、当該曲を掲載した出版物を販売する業者である。掲載された曲の作曲者は Y₁らとなっていたため、原告は、Y₁は作曲者ではなく、当該民族の伝統音楽を改編した者にすぎないと主張し、Y₃に対しては、当該曲を掲載した出版物の販売停止を求めた。本件の伝統音楽は中国の旧著作権法第6条の規定に基づいて保護され、判決によれば、原告は当該少数民族の共通の利益の代表として民族の文化財を侵害から守るために自己の名義で提訴することが認められる。Y₁が作曲した曲は、鑑定により前記伝統音楽の改編または編曲にあたと認定され、Y₁には、客観的にその出所を明示する義務があるとされた。原告の Y₃に対する販売停止の請求に関して、原審裁判所は、Y₃は明確に改編の出所を表示していない音楽著作物の出版物を販売しており、その販売行為を停止しなければならないが、Y₃はその販売した出版物の合法的な出所を明示することができたため Y₃には主観的過失が認められず、故に、Y₃は賠償責任を負わないと判示した。

本件被告の行為は著作権法改正前に行われたので、旧著作権法が適用された。旧著作権法には本件のような事案に直接関わる規定は存在しないが、裁判所は民法通則の一般原則にしたがって Y₃の損害賠償責任を否定したものである¹⁰⁾。被告 Y₃に対して差止請求を認めた根拠は原審判決では明示されなかったが、不当表示を伴う出版物の頒布を食い止める実際上の必要性を考慮したことによると考えられる。また、中国の裁判官によると、本件 Y₃のような場合には、裁判所は、被告が判決まで権利侵害の事実を知らなかったとしても、判決の時点からそれを知ることとなり、それ

以降も同じ行為を続ける場合は、被告に損害賠償の責任が生じると考えて、原告の差止請求を認めるのだとされる¹¹⁾。本件 Y₃は、判決の時点からその販売する出版物が権利侵害複製物に当たるという事実を知るに至ったので、同出版物の販売停止が命じられたわけである。これと同様の考え方に基づくと考えられる規定は、中国ソフトウェア保護条例にもある。同条例第30条は、「ソフトウェアの複製物の所持者は、当該ソフトウェアが権利侵害複製物であることを知らず、かつ、これを知るべき合理的な理由もない場合には、賠償責任を負わない。但し、その使用を停止し、当該権利侵害複製物を廃棄しなければならない」と定めている。以上より、中国では、明文の規定の有無にかかわらず、権利侵害複製物の所持者が主観的要件の未充足により権利侵害行為と見なされない場合においても差止が認められる。

日本の場合、著作権法第113条1項2号の規定により、著作者人格権、著作権などの権利を侵害する行為によって作成された物を情を知って頒布し、又は頒布の目的をもって所持する行為は、それらの権利を侵害するとみなされる。本号が設けられた理由は、権利を侵害する行為によって作成された物の頒布によって権利者の人格的又は経済的な損害が拡大することを防ぐため、とされている。また、本号に「情を知って」という要件が付け加えられた理由については、頒布行為には物品を流通過程に置くことも含まれるところ、出版社から取次店、取次店から小売店、小売店から購売者に至る全流通過程が頒布行為であるため、対象となる行為が広く、それを全部権利侵害とすることには問題があるから、と説明されている。頒布する者が情を知る時点については、入手する時点では権利侵害物品とは知らなかったが入手した後知ったという場合でも、そのまま継続して所持し、又は頒布すると侵害とみなされると解されている。本号の実質的な意義は、頒布行為が行われようとしている場合に第112条に規定する差止請求権の発動を可能にするところにあるとされる¹²⁾。また、裁判例¹³⁾では、頒布の対象物である複製物が著作権侵害行為によって作成された物であること

を、その旨を認定する判決の送達によって知ることができる場合に、「情を知って」の要件は充たされるとされている。ただし、その場合でも、当該複製物の所持者に対して差止が認められるためには、その者が将来頒布行為を継続するおそれが立証される必要があるとされている。中国と比較すると、判決の存在により権利侵害責任の主観的要件が充たされる点では共通するが、日本法は、将来頒布のおそれがあることの立証を求めると、中国法よりも差止に対して慎重であると言える。

(ii) コンテンツを提供するプロバイダーの責任

北京市第一中級人民法院(2001)一中知初字第203号判決¹⁴⁾は、著作権侵害にかかるコンテンツに関するインターネットプロバイダーの責任が問われた事案に関わる。原告 X₁は、原告 X₂の委託を受けて本件文章を作成し、X₂の運営するサイトに掲載していた。本件文章の著作権は両原告が享有する。被告 Y₁は、本件ポータルサイトの創設者である被告 Y₃から本件サイトのドメインの使用許諾を得て、中国国内で本件サイトの所有者として政府機関に登録し、本件サイトを運営してきた。X₁は、2000年12月26日に本件サイト宛に電子メールで本件文章の無断掲載を指摘した。その翌日、本件サイトから返事のメールが X₁に届いた。この時点で本件文章は本件サイトのページから消去された。しかし、2001年2月、X₂は、本件文章が本件サイトのサーバーから完全に削除されていないことを確認した。すなわち、他のサイトの検索エンジンを利用して、あるいは以前掲載された Web ページの URL を直接に入力することにより、依然として無断掲載された文章を閲覧またはダウンロードできることが判明した。その後、2001年5月18日以降、被告 Y₂が Y₁に代わって本件サイトを所有・運営していた。2001年7月9日、X₁、X₂は、これが著作権侵害にあたるとして、3被告に対して侵害の即時停止、公開謝罪、3被告が連帯して原告に30万元賠償すること及び訴訟などの費用の負担を命じるよう裁判所に求めた。

争点は、3被告すべてが当事者適格を有するか、また、3被告の行為は、

それぞれ単独で、あるいは共同で原告らの権利を侵害したか否かであった。これに対して、裁判所は以下のように判示した。

X₁の無断掲載の指摘を受けてから、Y₁は本件サイトの運営者として問題の解決に当たった。Y₁の担当者からX₁へのメールには、Y₁はY₃の附属機関であると明記されていた。Y₁が、原告らの許諾を得ないで本件文章を掲載したことは、原告らの有する著作権を侵害した。X₁に指摘された後、Y₁は本件サイト上にある本件文章を消去し、それにより本件サイトへアクセスする場合は本件文章を閲覧できなくなったが、Y₁のサーバー内にある本件文章は消去されなかったため、他のサイトと接続した後、検索エンジンを利用するなどの方法で依然として本件文章の閲覧・ダウンロードができる状態であった。それにより侵害行為が継続されていた。以上の権利侵害行為に対してY₁とY₃は連帯して相応の法律責任を負わなければならない。本件サイトのページ上にY₃の著作権標記が明示されているので、Y₃もまた本件サイトの内容に関して責任を負うべきである。本件の被告としての適格をもたないというY₃の主張は認められない。

他方、Y₂は、2001年5月18日からY₁に代わって本件サイトを運営している。この時点で本件文章はまだ本件サイトのサーバーにあった。原告らは、Y₂が原告らの警告後もサーバーからの本件文章の消去を拒否したことを証明する証拠は提出していない。したがって、Y₂には主観的過失がないから、Y₂の行為は原告らの著作権の侵害に当たらない。しかし、Y₂は、サーバーから本件文章を消去し、インターネット上における本件文章の利用を停止するという法律責任を負うべきである。

結局、判決は、Y₁、Y₃に対して侵害行為の即時停止、公開謝罪、連帯して原告らに2275元と訴訟のための調査費2600元を賠償すること及び一部の訴訟費の負担を命じた。Y₂に対しては、本件文章を本件サイトのサーバーから消去することのみを命じた。

本件において、Y₁は、Y₃の許諾により本件サイトのドメイン名を使用し、中国における本件サイトの所有者・運営者として登録を行った。した

がって、Y₁は原告著作権の直接侵害者である。行政機関の登録資料では、2001年5月18日以降、Y₁に代わってY₂が本件サイトの所有者・運営者となっている。裁判所は、Y₁、Y₃ともに著作権侵害の責任を負わなければならないと判示したが、Y₃の連帯責任の根拠は、Web ページ上にあるY₃の著作権標記とされている。Y₃は、Web ページの下部にある著作権標記はサイト設計及びページ設計に対する標記であり、その目的はサイトの所有者、運営者及びページ設計者の身分と権利を表明することであって、掲載された内容に関する著作権の帰属を意味するものではない。このようなインターネット上の慣行に、自らもサイト運営者であるX₂もしたがっている、と主張したが、認められなかった。判決は、Y₁、Y₃に対して「侵害行為の即時停止」を命じたが、Y₁に対する差止の内容が具体的に何かは不明である。

他方、Y₂は、サーバーから本件文章を消去することを裁判所に命じられた。判決は、Y₂の当事者適格に直接には言及せず、「原告らはY₂が原告らによる警告後もサーバーから本件文章の削除を拒否したことを証明する証拠を提出しておらず、したがってY₂には主観的過失がなく、Y₂の行為は原告らの著作権侵害にあたらぬ」としながら、Y₂は「サーバーから本件文章を削除し、ネット上の利用を停止するという法律責任を負う」と判示した。

本件では、前記(1)事件と同様に、提訴された時点でY₂は本件文章の存在を知るに至ったため、そのまま放置すると、Y₂に損害賠償責任が生ずることになるという理由で、Y₂に対する差止が認められたと解することができる。別の視点から解釈すると、Y₂には、権利侵害にあたる本件文章の存在を知った時点から本件文章を削除する作為義務が生じたということになる。他方、本件事実には前記(1)の事件と違う部分もある。前記(1)事件のY₃は、主観的過失こそないが、客観的に見て権利侵害にあたる出版物の頒布行為を行ったという事実がある。しかし、本件のY₂は、Y₁から本件サイトの所有権と運営権を譲り受けたのみで、Y₂とY₁は、それぞれ

独立の法人格を有している。また、本件文章の無断掲載は譲渡前に Y_1 が行った行為であり、 Y_2 とはなんら関係がない。しかも、 Y_2 は、裁判所に訴えられるまで本件文章の存在すら知らなかったのである。にもかかわらず、サーバーから本件文章を削除して、ネット上での利用を停止するという法律責任を負わされたのである。

(iii) 接続サービスを提供するプロバイダーの責任

北京市第二中級人民法院（2000）二中知初字第128号判決¹⁵⁾は、リンク先のコンテンツが著作権侵害にあたる場合のプロバイダーの責任をめぐる事案に関わる。原告は本件著作物の著作者であり、被告はインターネット・サービス・プロバイダーである。原告は、被告が原告の許諾を得ず本件著作物をアップロードしたとして、被告に対して本件著作物のアップロードの即時停止、公開謝罪、経済損失10万円を賠償することを命じるよう裁判所に求めた。しかし、判決によれば、被告は本件著作物のアップロードを直接行ったのではなく、本件著作物がアップロードされたサイトのリンクを被告自身の Web ページに設定していた。本件の争点は、被告は、当該リンクを張る行為がもたらした結果に対して法律責任を負うか否かである。

まず、被告のリンクを張る行為自体が権利侵害に該当するかについて、裁判所は次のように判示した。リンクは、インターネット上において迅速な情報伝達を実現するための技術手段である。双方当事者の証拠によれば、ディスプレイに本件著作物の題名などが掲載されたページを顯示するとき、URL 欄には被告サイトの URL ではなく、他のサイトのものが示される。この事実は、被告は単にディレクトリ型サーチエンジンを提供し、リンク技術を利用してコンテンツを提供するサイトへユーザーを導くにすぎないことを証明している。表面的には、ユーザーは被告サイトに接続して、それを介して情報の閲覧ができるので、被告が情報の提供者であるかのように見えるが、技術的には、被告は単にサーチエンジンを提供し、ユーザーがこれを利用して他のサイトあるいは Web ページにおいて関連情報を閲

覧するように導くにすぎない。この時点において、閲覧された情報内容は被告のサーバーに複製されておらず、ユーザー自身の端末に一時的に複製される。したがって、被告がリンク技術を利用して接続サービスを提供するという行為は、本件著作物を直接にアップロードする複製行為に該当しないし、頒布行為にもあたらない。また、インターネット上の情報量は膨大であり、内容も複雑である。これらの情報内容について、接続サービスを提供するプロバイダーが、権利上の瑕疵が有するか否かを事前に調べて情報内容を選別することは客観的にみて不可能である。インターネット上の情報内容に権利上の瑕疵がある場合は、主に情報内容提供者あるいは頒布者が責任を負う。インターネット技術あるいは施設を提供するプロバイダーは、通常賠償責任を負わない。したがって、本件被告のリンクを設定する行為は、原告の著作権侵害にあたらない、とされた。

次に、原告が明確に権利侵害著作物とのリンクを断ち切るよう求めた後、被告が積極的に作為しなかったことに対して権利侵害の責任を負うべきか否かについて、裁判所は次のように判示した。原告の有する本件著作物の著作権は法律上守られるべきである。著作権者の許諾を得ずに著作物を利用することは著作権侵害にあたる。権利侵害行為の発生または発生のおそれがあることを知ったとき、当該侵害行為またはその結果と関係するいかなる者も、権利侵害行為の結果の拡大を防ぐために積極的な措置を採る義務を負う。原告は、本件著作物が無断アップロードされたことを知った後、2000年10月24日に被告を提訴した。被告は、原告に対して説明を行うと同時に積極的に措置をとり、本件著作物を違法にアップロードしたサイトとのリンクを断ち切るべきであった。しかし、被告は、リンクを張る行為は権利侵害行為にあたるとする法律規定がないことを理由に、11月30日まで本件著作物を違法にアップロードしたサイトとのリンクを維持した。被告はリンク先の情報内容をコントロールできないが、技術上、自身のサイト上で他のサイトあるいは Web ページとのリンクをコントロールすることはできる。原告に提訴されたとき、被告は速やかに技術的措置を採り、リ

リンクを断ち、権利侵害を抑制する義務があった。しかし、被告は原告の権利が侵害されたことを知った後も積極的な措置を採らず、それにより権利侵害の状態を存続させた。このような結果は権利者にとって不公平であり、民事主体の合法的権利は侵害されではないという法律原則に反する。被告は自らの過失に対して相応の法律責任を負わなければならない。しかし、原告の公開謝罪、10万元の損害賠償という請求は合理性を欠く。被告がすでにリンクを断ったことに鑑み、また被告の主観的過失の程度及び行為の結果などの要素を考慮して判決する、とした。

結局、裁判所は、民法通則の第106条2項及び旧著作権法第45条8号の規定に基づいて、原告に対する書面による謝罪と3千元の損害賠償を被告に命じた。

本件判決は被告の権利侵害責任を認めた。その理由は、被告がそのリンク先に違法アップロードされた著作物があると原告に指摘されたにもかかわらずリンクを維持し続けたこととされた。裁判所の判決理由には、被告は作為義務があったにもかかわらず作為しなかった結果として、原告にとって不公平な結果を招いたから、相応の法律責任を負わなければならないと述べられている。民法通則第106条2項は、「公民、法人が故意または過失によって国家、集団の財産を侵害するか、他人の財産及び人格を侵害した場合は、民事責任を負わなければならない」と規定し、明文をもって過失責任の原則を民事責任の基本原則とする。この過失責任の原則について、民法学者は、行為者の行為と損害の結果との間に直接の因果関係がない場合においても、行為者の故意または過失が認められると、民事責任を負わされる可能性があり、例えば、行為者の故意または過失により第三者に権利侵害行為を行わせた場合、行為者は第三者の行為の結果に対して責任を負わなければならないと説明する¹⁶⁾。本件裁判所は、この帰責原則にしたがって被告の民事責任を認めただうえで、責任方式に関しては、民法通則の特別法である旧著作権法第45条(「次の各号に掲げる権利侵害行為がある場合には、事案に応じて、侵害を停止し、影響を除去し、公開謝罪し、

又は損害賠償をする等の民事責任を負わなければならない)に基づき、具体的には同条 8 号(「著作権及び著作権関連権益¹⁷⁾」を侵害するその他の行為)を適用して被告の責任を認めただけである¹⁸⁾。

なお、本件被告によるリンク行為に対して、裁判所は、被告の行為は本件著作物を直接にアップロードする複製行為または頒布行為に当たらないという認識を示した。その直後、最高人民法院による法積(2000)48号¹⁹⁾「コンピュータ・ネットワークにかかわる著作権紛争事件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈」が施行された。法積(2000)48号の第4条、第5条は、インターネット・サービス・プロバイダーは、ネットワークを利用して他人の著作権侵害行為に関与した場合、またはインターネットを利用して他人を教唆して著作権侵害行為を行わせ、若しくは他人が著作権侵害行為をなすのを幫助した場合、裁判所は、民法通則第130条の規定に基づいてプロバイダーの共同不法行為責任を追及しなければならない。コンテンツを提供するプロバイダーが、明らかにユーザーの著作権侵害行為を知っている、または著作権者から確かな証拠をもって警告されたにもかかわらず、権利侵害の結果を排除するために権利侵害にあたる内容を消去するなどの措置を採らなかった場合も同様に民法通則第130条に基づいて当該プロバイダーと当該ユーザーとの共同不法行為責任を追及されると規定している。この後、本件と同様にリンク先の著作物が権利侵害にあっていた別の事件の判決²⁰⁾において、裁判所は、「著作物の利用形式からみれば、サイト間にリンクが設定された状況において、リンクされている内容はリンクを設定した者によって『複製』され、ネットワークにアップロードされたものではなく、アクセスする者はリンクを設定したサイトを通じてネット上に頒布されている内容を閲覧できるが、事実上直接の頒布者は、リンクを設定した者ではなく、リンクされた内容を掲載したサイトである。リンクを設定する行為は直接頒布に相当せず、客観的にみて、むしろ頒布を幫助する行為に近い」という認識を示した。これは上記司法解釈に基づく見解であろう。上記司法解釈は、明確に民法通則第130

条に基づいて、プロバイダーの共同不法行為責任を追及すると明示的に規定するが、前述のように、第130条には、教唆・幫助による共同不法行為に関する規定はない。民法通則に関する1988年の最高人民法院の司法解释²¹⁾は、他人を教唆して不法行為を行わせ、あるいは他人が不法行為をなすのを幫助した者は、共同不法行為者として連帯して民事責任を負わなければならないとするが、民法通則第130条に規定する連帯責任は損害賠償責任である。教唆・幫助者にあたるプロバイダーに対して差止請求が認められるとすれば、その根拠は、やはり前記判決理由に述べられたような侵害の拡大を防ぐ作為義務に求められると思われる。

ちなみに、日本では、平成14年5月27日よりプロバイダー責任制限法(特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律)が施行されたが、同法の第3条(損害賠償責任の制限)はプロバイダー等が免責される場合を規定するにとどまり、その1項は、権利を侵害した情報の不特定者に対する送信を防止する措置を講ずることが技術的に可能な場合であって、その情報が他人の権利を侵害を知っていたとき(1号)か、または当該情報の流通によって他人の権利が侵害されていることを知ることができたと認めるに足りる相当の理由があるとき(2号)のいずれかに該当しない限り、プロバイダー等は積極的に防止措置を講じなくても賠償責任を負わないと定める。2項は、発信者との関係での責任制限に関する規定である。しかし、本条により免責されない場合であっても、直ちにプロバイダー等に責任が生じるわけではなく、不法行為をはじめとする他の法令の要件を満たすことが必要となる²²⁾。接続等のサービスを提供するプロバイダーに対する差止請求については、その法的構成をめぐって、プロバイダーを直接侵害者とみる直接侵害者説と、プロバイダーは送信の手段などを提供しているだけで、その行為は間接侵害にしかならないとする間接侵害者説とが対立する。いずれも日本著作権法第112条1項の解釈にかかわる問題である(後述)。プロバイダーの責任が問われた裁判例においても見解は分かれており、ファイル・ログ事件判

決²³⁾はプロバイダーを直接の著作権侵害者と捉えて差止を認めたが、「2ちゃんねる」小学館事件判決²⁴⁾は、プロバイダーに対する差止請求のみならず損害賠償請求も否定した。また、プロバイダーが違法な侵害行為の存在を知った場合に、その原因となっている情報の削除（あるいはアクセス制限）等の措置を講じる作為義務があるか否かについては、名誉毀損事件で問われる場合が多い。裁判例は、条理に基づいてプロバイダーの作為義務を肯定し、その義務を怠った場合にプロバイダーは不法行為責任を負うとするものと、プロバイダーの作為義務を否定するものとに分かれている。

以上要するに、日本の場合、直接に著作権侵害行為を行っていない者に対する差止請求の可否は、後述の著作権法第112条1項にいう「侵害する者又は侵害するおそれがある者」の解釈問題とされるが、中国の場合は、民法通則に規定されている民事責任制度の解釈運用による。民事責任とは、契約違反ないし債務不履行またはその他の民事義務に違反することによって負うべき法律上の責任をいう²⁵⁾。中国民法通則は、世界の伝統的な民法の体系とは異なり、「民事責任」に関する独立の章を設けて、これを責任発生の原因により契約違反ないし債務不履行責任と不法行為責任との2種類に分類し、両者に共通の「民事責任を負う方式」を規定する。差止は、この民事責任を実現する方式の1つとして位置づけられる。差止請求の対象となる行為が著作権法の規定する具体的な侵害行為に該当せず、民法通則に基づく責任認定が行われるとき、差止の対象となる行為の範囲は、日本におけるよりも広がる傾向にある。中国の民法通則において民事責任を負う主体や民事責任を負う方式の選択に特に大きな制約が設けられていないことが、影響しているのかもしれない。しかし、現状では、著作権侵害を根拠とする差止が及ぶ人的範囲について明確な基準が確立されているとはいえない。

侵害するおそれに対する差止

中国著作権法第49条は、「著作権者または著作権に関連する権利の権利

者は、他人がその権利を侵害する行為を行っているか、または行おうとしていることを証明する証拠を有しており、速やかに停止させなければその合法的な権利及び利益を補うことが困難な損害を被るおそれがある場合は、訴えを提起する前に、裁判所に関係行為の停止を命じること及び財産保全の措置を申立てることができる」と規定している。ソフトウェア保護条例第26条もこの著作権法第49条にしたがうと規定している。これに基づいて著作権侵害の「おそれ」に対しても法的措置を採ることが可能であるが、ただ、本条はあくまでも中国民事訴訟法における仮処分・仮差押に関する規定の欠如を補うために設けられた条文である。この第49条を除けば、中国著作権法には「おそれ」に関する規定はない。

侵害する「おそれ」に対して「侵害の停止」を命じることが求められることができるかについて、中国の民法学者は、侵害の停止の責任方式の適用を、侵害行為が現に行われているか、または侵害の状態が存続している場合に限定する。つまり、まだ発生していない侵害行為、すでに停止された侵害行為に対して、この責任方式の適用は認められないと主張する²⁶⁾。これに対して、原告が提訴する前あるいは訴訟の途中に被告が自ら侵害行為を停止した場合で、当該侵害行為が再発するおそれがあるときには、原告の「侵害の停止」の請求が認められるべきと主張する説もある²⁷⁾。この場合に「侵害の停止」を認めるべき理由は、裁判所による侵害停止の命令は被告の過去の行為に対する司法による否定的評価を意味すること、例えば被告に侵害行為を再び行う意思がなくても、このように判決することで被告に損害がもたらされることはないこと、権利者の利益の保護に有利であること、とされる。裁判所の見解は分かれている。

上記 (iii)の北京市第二中級人民法院（2000）二中知初字第128号判決の場合、被告は、本件著作物を無断にアップロードしたサイトとのリンクを訴訟中に断ったから、被告に対する原告の「本件著作物の掲載の即時停止」の請求は裁判所に認められなかった。ホームページに写真の著作物が権利者に無断で掲載された事件（北京市海淀区人民法院2004年3月19日

(2004)海民初字第3516号民事判決)において、裁判所は、「被告は原告の電話連絡を受けた後すでに当該写真を削除した。原告は、被告が原告の連絡後も当該写真を利用していることを証明する証拠を提出していないし、裁判において当該写真が削除されていることも確認された。したがって、本裁判所は、被告はすでに(当該写真の)利用を停止したと認定する。被告に対する原告の侵害停止の請求は支持しない」と判示した。違法ソフトウェアの業務上の使用をめぐる北京市朝陽区人民法院2003年4月18日(2003)朝民初字第3518号民事判決書は、「被告はすでに違法ソフトウェアを破棄して代替りの正規品を購入するという方式で侵害行為を停止したため、原告の侵害の停止の請求については判断しない」と述べた。

一方、ソフトウェアの違法複製・頒布をめぐる北京市第一中級人民法院2003年7月10日(2001)一中民初字第255号民事判決では、被告は原告提訴前にすでに侵害行為を停止したが、原告の差止等の請求は裁判所により認められた。本件では、被告が開発・販売したソフトウェアは、原告が著作権を有する開発支援ツールのエンジンファイル3つを複製していた。原告から権利侵害の指摘を受けて、被告は速やかに解決のための措置をとり、原告と使用許諾に関して協議する一方、権利侵害の被告ソフトウェアの販売先リストを原告に提供し、販売先のソフトウェアを、原告エンジンファイルが含まれない新しいバージョンに更新した。また、原告による権利侵害の指摘以降、被告が販売するソフトウェアは、すべて原告のエンジンファイルが含まれない新しいバージョンにかわっていた。裁判所は、以上の事実を認定したうえで、「被告の複製・頒布行為は、原告の本件ソフトウェアの著作権を侵害した。被告は、その相応の法律責任を負わなければならない。被告に対する原告の侵害の停止、公開謝罪及び損害賠償の訴訟請求には、事実及び法律上の根拠がある」として、原告の差止請求を認めた。ただし、判決は、被告が著作権侵害行為を再び行うおそれがあるか否かについて触れていない。

差止請求の内容について

中国著作権法第46条及びソフトウェア保護条例第23条において著作権侵害行為を行った場合に、その行為者が負うべき民事責任として、侵害の停止、影響の消去、謝罪、損害賠償が明示されている。違法複製物などの廃棄は、行政責任として著作権法第47条とソフトウェア保護条例第24条に規定が置かれている。実務において裁判所は、侵害行為の停止と同時に権利侵害製品或いは違法複製物の廃棄を求められた場合でも、侵害行為の停止を命じるに止まる場合が多い。侵害行為の差止と同時に、違法複製されたソフトウェア製品の廃棄を求める原告に対して、「権利侵害製品の廃棄は当事者が民事責任を負う方式ではない」として原告の廃棄請求を退けた判決もある²⁸⁾。

(2) 日本著作権法第112条に規定する差止請求権について

日本著作権法第112条の規定により、著作者、著作権者、出版権者、実演家又は著作隣接権者(以下「著作権者等」という。)は、その著作者人格権、著作権、出版権、実演家人格権及び著作隣接権(以下「著作権等」という。)を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対して、その侵害の停止又は予防を請求することができる(第112条1項)。

日本法の場合、「侵害するおそれ」が客観的に存在すれば、予測される侵害行為の予防を求めることが出来る。侵害するおそれがあるか否かについては、過去における侵害の反覆の度合い、侵害者の現在の態度、侵害の準備行為の程度などの要素を考慮し、各々の事案の具体的状況に応じて判断される。

また、第112条の規定に基づく差止請求の内容は、侵害の停止又は予防のみならず、それと同時に、侵害行為を組成した物、侵害行為によって作成された物又はもっぱら侵害行為に供された機械若しくは器具の廃棄などの必要な措置も含む(同条2項)。同項で廃棄の対象となる物の所有者は、「侵害する者」あるいは「侵害するおそれがある者」に限定されない。したがって、例えば、違法複製物が既に販売店に渡っていた場合、それが頒

布がされるおそれがあるから、その販売店に対して第 1 項の規定による侵害の予防を請求するとともに、侵害の予防に必要な措置として、その違法複製物の廃棄をも請求することができる²⁹⁾とされる。

著作権法第112条 1 項にいう「著作権等を侵害する者又は侵害するおそれがある者」の解釈をめぐっては、判例・学説は、直接侵害者に限るとする見解と、間接侵害者³⁰⁾も含むとする見解とに大別できる³¹⁾。著作権の直接侵害者に対してその者の行為の差止を求めることができることについては、異論がない。しかし、直接侵害者には、法律上の根拠なく著作権者の許諾を得ないで著作物の利用行為を行った者に限らず、規範的な観点から著作物の利用主体と認められる者も含まれると一般に解されている。そこで、具体的に、どのように「著作物の利用主体」の範囲を画定すべきか、という問題がある。他方、間接侵害行為として一般的に想定されているのは、著作権侵害行為の教唆又は幫助の行為類型である。ここでは、間接侵害の成立は著作権の直接侵害の成立を要件とするか、どのような法律構成で間接侵害者の民事責任を認めるかという問題がある。これらの問題について、後に裁判例を中心に考察する。

直接侵害と間接侵害との区別 著作物の利用主体

クラブ・キャッツアイ事件最高裁判決³²⁾は、規範的観点からカラオケスナック経営者を、著作物の利用主体、すなわち直接侵害者にあたると認定した。その理由として、「客のみが歌唱する場合にも、客は上告人らと無関係に歌唱しているわけではなく、上告人らの従業員による歌唱の勧誘、上告人らの備え置いたカラオケテープの範囲内での選曲、上告人らの設置したカラオケ装置の従業員による操作を通じて、上告人らの管理のもとに歌唱しているものと解され、他方、上告人らは、客の歌唱をも店の営業政策の一環として取り入れ、これを利用していわゆるカラオケスナックとしての雰囲気醸成し、かかる雰囲気を好む客の来集を図って営業上の利益を増大させることを意図していたというべきであって、前記のような客による歌唱も、著作権法上の規律の観点からはYらによる歌唱と同視しうる

ものである」と述べている。本件で最高裁は、直接的に著作物を利用していないカラオケスナック経営者の利用主体性を規範的に把握するときのメルクマールとして、著作物の利用行為に対する「管理・支配性」と「経済的利益の帰属性」との2点を明示した。しかしながら、これに対しては、異論もある³³⁾。

クラブ・キャッツアイ事件最高裁判決以降、多くの下級審判決は、カラオケをめぐる音楽著作物の直接の利用者の行為に対する管理・支配の程度と経済的利益の帰属とにより著作物の利用主体(直接侵害者)性を判断するという考え方を採用してきた³⁴⁾。さらに、インターネット上でのユーザー同士によるファイル交換という新しい著作権侵害態様においても、この判断の枠組みに沿ってプロバイダーによる直接侵害を認める判決が現れた。それは、ファイル・ログ事件における東京地裁の一連の決定・判決である。ファイル・ログ事件の仮処分決定、中間判決³⁵⁾では、東京地裁は、前記最高裁判決の判断の枠組みを踏まえながら、当該事案に即して、利用者のする送信可能化及び自動公衆送信に対する被告プロバイダーの管理・支配の程度、被告が受ける利益の状況という要件に、さらに、被告が提供するサービスの内容と性質を考慮要素として加味し、この3つの要件に基づいて、被告プロバイダーは原告の自動公衆送信権及び送信可能化権の侵害の主体であると判断した。そのうえで、判決は原告の差止請求を認容した。

クラブ・キャッツアイ事件最高裁判決に示された、カラオケスナック等の店舗においてカラオケ伴奏で客に歌唱させるとき店舗の経営者を音楽著作物の利用主体とみなすという「カラオケ法理」から導かれた結論に対して異を唱える学説はないが、カラオケ法理をカラオケ以外の著作物利用形態にまで拡大適用することに対しては、賛否両論がある。上記ファイル・ログ事件の東京地裁の判断を支持する学説によれば、著作権法第112条の規定する差止請求の制度は、「著作権等が著作物を独占的に支配できる権利(……)であることから、この独占的支配を確保する手段として、著

著作権等の円満な享受が妨げられている場合、その妨害を排除して著作物支配の十全性を回復できることを保障した制度である。それは、有体物を直接支配できる権利である物権に物上請求権が認められていると同じ制度趣旨に基づく。そして、物権的請求権としての所有物妨害排除請求権において、排除の対象となる妨害行為は、必ずしも目的物自体の占有に限られず、その名宛人も、「直接に所有物への妨害状態を生じさせている者に限られず、その者の支配に属する事実によって所有権に対する侵害状態を生じさせており、その侵害状態を除去することができる地位にある者を含むと解されている（通説）」とされる。このような解釈は、物権的請求権の制度趣旨に適合すると言える。「このことからすれば、著作権等に基づく妨害排除請求権である差止請求権についても、その妨害行為としては、著作物等の権原なき直接利用行為のみならず、間接的であってもこれと規範的に同一と評価できる行為をもとらえなければならず、また、その相手方としては、著作物の直接利用主体のみならず、その者の支配に属する事実によって著作権侵害状態を生じさせており、その侵害状態を除去することができる地位にある者を含むと解することができるが、妨害排除請求権としての差止請求権を認めた法の趣旨に適合するというべきである。」その意味で、第112条1項の著作権等を「侵害する者又は侵害するおそれがある者」に該当するかどうかを決するに当たっては、「直接侵害か間接侵害かといった形式的な基準によるのではなく、実質的にその者の支配に属する事実によって著作権侵害状態を生じさせており、その侵害状態を除去することができる地位にある者であるかどうかとの基準によることが必要ということになる」³⁶⁾とする。この学説は、前記(1)の(ii)で紹介した判決と相通じるところがあるように思われる。

一方、「カラオケ法理」に依拠してファイル交換サービス・プロバイダーを著作物の利用主体とする判断に反対する説によれば、「管理・支配性」の解釈によって、著作物の利用主体を認定することは容易になるが、その反面、著作権法の文言を超えて著作物の利用行為が拡大され、結果と

して著作権の権利範囲が不明確になりかねない。それに、「カラオケ法理」は、あくまでもカラオケの場合に限って採用されてきた特殊な法理であって、今日においては、もはやカラオケにおいてさえ維持する必要は必ずしもないように思われる。著作物利用形態の異なるプロバイダーの場合において、「カラオケ法理」を持ち出すこと自体、必ずしも適切ではない、とされる³⁷⁾。

共同不法行為者としての教唆・帮助者

「スナック魅留来」事件大阪地裁判決³⁸⁾は、クラブキャッツアイ事件最高裁判決を援用して、スナック経営者による直接侵害を認めるとともに、カラオケ装置のリース業者については、その課せられた注意義務を怠り、スナック経営者の著作権侵害を帮助・加功したとして、民法第719条2項を適用し、その共同不法行為責任を初めて認めた。控訴審の大阪高裁も、ほぼ同一の理由によりリース業者の共同不法行為責任を認めている。本件は損害賠償請求に係わる事例であって、しかも、原告は、カラオケ装置リース業者の行為を独立した著作権侵害行為であるとは主張していない。本判決も「カラオケ装置のリース行為は、それ自体を切り離して抽象的に見れば原告の管理著作物を侵害するものではない」としている。本判決がいうように、カラオケ装置のリース業者の責任が著作権侵害の帮助者としての共同不法行為責任だとすれば、直接侵害が成立しない場合に、カラオケ装置のリース行為のみを捉えて民事責任を問うことはできないということになりそうである。実際、デジタル信号によって送信した音楽情報を受信者がMDへ録音することが問題とされたスターデジオ事件³⁹⁾では、裁判所は、受信者のする録音行為は私的使用のための複製であって違法な複製とはいえ、よって、それに対する被告(放送事業者)の教唆・帮助は成立しないと判断し、原告の侵害の差止及び損害賠償の請求を棄却した。

日本では、一般論としては、不法行為に基づく差止請求権は民法上認められていないので、共同不法行為責任とのアナロジーによって間接侵害者に対する差止を認めうるかは、条文上明らかではない。間接侵害の問題の

解決は立法に委ねるべきという見解もある⁴⁰⁾が、第112条1項の「著作権等を侵害する者又は侵害するおそれがある者」に間接侵害行為者も包含されるとする解釈で対応可能と説くものもある⁴¹⁾。後者の解釈を試みたのが、次のヒットワン事件判決であった。

侵害主体に準じる者としての間接侵害者

「ヒットワン」事件大阪地裁判決⁴²⁾は、著作権侵害行為の幫助者を「侵害主体に準じる者」と評価し、第112条1項の規定に基づいて原告の差止請求を認めた。

本件は、音楽著作権等管理事業者である原告が、通信カラオケ装置のリース業者である被告が、原告の管理に係る音楽著作物の使用について許諾を得ていない社交飲食店93店舗に対して通信カラオケ装置をリースしているとして、著作権法第112条1項に基づいて被告が本件各店舗に対して同音楽著作物のカラオケ楽曲データ(歌詞データを含む)の使用禁止措置をとることを求めた事案である。

判決は、過去の判例⁴³⁾の立場を踏襲し、原告が管理する著作物の著作権の直接的な侵害行為主体は本件各店舗であり、被告が著作権侵害の直接的な行為主体でないことを認めたが、本件各店舗による著作権侵害行為に対する被告の関わりから、被告は、本件各店舗の著作権侵害行為を故意に幫助する者にあたると認定し、その支配の内容、程度等に照らして、原告の差止請求を認めるべきであると判断した。

著作権法第112条1項の解釈について、判決では以下のように述べられた。

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

幫助者の行為が当該著作権侵害行為に密接な関わりを有し、当該幫助者が幫助行為を中止する条理上の義務があり、かつ当該幫助行為を中止して著作権侵害の事態を除去できるような場合には、当該幫助行為を行う者は侵害主体に準じるものと評価できるから、同法112条1項の『著作権を侵害する者又は侵害するおそれがある者』に当たるものと解するのが相当である。」

また、判決は、著作権法における差止制度の趣旨から、上記の112条1項の解釈と民法法理との調和にも触れて、次のように説く。「112条1項に規定する差止請求の制度は、著作権等が著作物を独占的に支配できる権利（著作者人格権については人格権的に支配できる権利）であることから、この独占的支配を確保する手段として、著作権等の円満な享受が妨げられている場合、その妨害を排除して著作物の独占的支配を維持、回復することを保障した制度であるということができるところ、物権的請求権（妨害排除請求権及び妨害予防請求権）の行使として当該具体的行為の差止めを求める相手方は、必ずしも当該侵害行為を主体的に行う者に限られるものではなく、幫助行為をする者も含まれるものと解し得ることからすると、同法112条1項に規定する差止請求についても、少なくとも侵害行為の主体に準じる立場にあると評価されるような幫助者を相手として差止めを求めることも許容されるというべきであり、また、同法112条1項の規定からも、上記のように解することに文理上特段の支障はなく、現に侵害行為が継続しているにもかかわらず、このような幫助者に対し、事後的に不法行為による損害賠償責任を認めるだけでは、権利者の保護に欠けるものというべきであり、また、そのように解しても著作物の利用に関わる第三者一般に不測の損害を与えるおそれもないからである。」

本件判決の第112条1項の解釈については、これを妥当と評価する見解⁴⁴⁾がある一方で、物権的請求権についての理解をはじめとして問題点も指摘されている⁴⁵⁾。

裁判例においても、「ヒットワン」事件判決の解釈とは異なる解釈を示

すものも現れた。それは「2ちゃんねる小学館」事件判決⁴⁶⁾である。本件は、インターネットの電子掲示板に対談記事を無断で転載された権利者(原告)が電子掲示板を運営するプロバイダー(被告)に対して、送信可能化権、公衆送信権が侵害されたとして、差止、損害賠償を求めた事件である。裁判所は、本件被告は侵害行為を行う主体ではなく、本件各発言の送信可能化等を防止する作為義務があったと認められないとして、原告の差止、損害賠償請求を棄却した。判決では、第112条1項について以下のように述べられた。法112条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。けだし、民法上、所有権に基づく妨害排除請求権は、現に権利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解されているものであり、このことからすれば、著作権に基づく差止請求権についても、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のみを相手方として、行使し得るものと解すべきだからである。この点、同様に物権的な権利と解されている特許権、商標権等についても、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ができないことから、特許法、商標法等は、権利侵害を幫助する行為のうち、一定の類型の行為を限定して権利侵害とみなす行為と定めて、差止請求権の対象としているものである……。著作権について、こ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請求が一般的に許されていない

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、採用できないものである⁴⁷⁾。

以上のように、直接に著作権侵害行為を行わなかった者の責任に関する法律構成については、これまで管理・支配性及び利益帰属性の2点に基づいて直接侵害者の範囲を拡大解釈するものと、直接の侵害行為の帮助者を「侵害主体に準じる者」として差止の対象とするものがある。いずれもカラオケにかかわるものである。前者は、判例・学説に支持され、判例理論として確立されたが、後者の「侵害主体に準じる者」への差止の拡張には異論が出されている。また、カラオケをめぐる問題によって確立された判例理論がどこまで拡大適用できるかという問題もある。

中国の場合は、前述のように、差止、妨害の排除などは、民事責任を負う方式として民法通則に定められたため、物権的請求権の内容として認められているわけではない。中国の民法は、物権的請求権を独立の請求権と認めておらず、物権を有する者は、その権利が侵害されたときに、不法行為に基づく請求権を認められるのみと解される⁴⁸⁾。差止は民事責任一般の一法的效果として認められているのである。他方、日本の著作権法においては、著作権者等に差止請求権が付与されたのは、著作権等が物権的な権利であるが故と説明され、不法行為に基づく差止は一般に認められていない。そこで間接侵害者に対する差止請求の可否については、現行日本著作権法第112条1項の解釈で対応するか、立法によって解決するかが議論されるわけである。

2 損害賠償

損害賠償が権利侵害に対する実務上もっとも重要な救済措置であることは、中国でも日本でも変わりがない。中国著作権法の第46条と第47条に規定されている民事責任には損害賠償が含まれ、賠償責任の帰責原則については、民法通則第106条2項により過失責任原則が適用される。損害賠償

責任の構成要件については、中国の民法学界で幾つかの説が主張されているが、侵害行為が違法であること、損害が発生していること、当該侵害行為と損害との間に因果関係があること、故意または過失があることを要件とする 4 要件説が通説である。ただし、知的財産の侵害に係る損害賠償責任については、権利者が行為者の違法行為を証明できれば、その過失が推定される⁴⁹⁾。損害賠償の目的は、被害者が被った損失の補填にあるとするのが通説であり、懲罰的損害賠償は認められない⁵⁰⁾。したがって、損害賠償の範囲は、加害行為と相当因果関係にある範囲で確定される実際の損害に限られる。日本でも著作権等が侵害された場合の損害賠償請求の法的根拠は民法第709条に求められる。損害賠償の目的や、損害賠償責任の構成要件についての考え方は中国と同じと考えてよい。

中国でも日本でも民法上の損害賠償請求において損害額を立証する責任は原則として被害者にあるが、著作権侵害等の行為が行われた場合、権利者が損害額を立証することは通常困難である。そこで、権利者の立証責任を軽減するために、中国でも日本でも損害額の推定規定が著作権法に設けられている。これらの規定の解釈運用のあり方は、コンピュータ・ソフトウェアに関する著作権保護の実効性を左右する重要問題である。そこで、以下では、まず、損害賠償額の推定に関する中日の規定の歴史的変遷と、その内容を比較検討し、次に、これらの規定に関する裁判例を比較検討することにしたい。

(1) 損害額の算定方法に関する規定の比較

中国著作権法第48条について

1991年6月1日に施行された旧著作権法には損害賠償額の算定に関する規定はなかったが、裁判所は多数の著作権侵害損害賠償事件を審理し、その中で賠償額の具体的な算定手法を試みてきた。

1994年12月2日国家版權局による権弁字 [1994] 64号「『写真等美術作品侵害の賠償額の算定方法に関する問い合わせ』に対する回答」では、明確に、(i) 損害賠償額は侵害行為によって著作権者が被った実際の損失も

しくは侵害者が違法行為により得た所得の全額、または著作権者が得られるはずの合理的に予見可能な収入の2倍から5倍に基づいて算定すること、(ii) 実際の損失には、著作権者が侵害行為を調査・制止するために支出した合理的な費用も含まれること、(iii) 合理的に予見可能な収入とは、侵害された著作物若しくは同類の著作物の通常の市場価格、または権利者がその著作権の譲渡若しくは使用許諾により得られるべき収入であることが示された⁵¹⁾。

また、海賊版事件の不法経営額⁵²⁾の算定方法に関する1998年4月8日の回答⁵³⁾の中では、海賊版による違法所得あるいは不法経営額の算定について、次のように述べられた。すなわち、他人の著作権侵害により得た違法所得または不法経営額は、複製または頒布される侵害製品の数量と価値により算出する。算定困難の場合は、違法複製物又は同類の著作物の通常の市場価格を算定の根拠とすることができる。印刷費、低い原価、あるいは違法複製物の販売価格を算定の根拠とするのは不当である。また、違法複製物には、すでに頒布されたものと、頒布目的で複製され、まだ頒布されていないものとが含まれる。侵害者が現実には違法複製行為により利益を得たか否かは、違法所得または不法経営額の算定に影響しない。

このような実務の経験を踏まえて、2000年に最高人民法院により法積(2000)48号「コンピュータ・ネットワークに関わる著作権紛争案件の審理における法律適用の若干問題についての解釈」が公布されて⁵⁴⁾、賠償額の算定基準が規範化された。2001年の著作権法改正では、これを一般化する形で現行の第48条が設けられた。第48条では、賠償額は権利者の実際の損失に基づくことを基本とするが、実際の損失の計算が困難な場合は、権利侵害者の違法所得に応じて賠償額を算定すること、権利者の実際の損失と侵害者の違法所得とがともに不明な場合には、裁判所は侵害行為の状況に応じて50万円を超えない範囲で賠償額を認定すること、権利者が侵害行為を制止するために支出した合理的費用が賠償額に含まれることが定められている。さらに、法積(2002)31号第24条は、「権利者の実際の損失は、

権利侵害行為による権利者の複製物の頒布量の減少分または違法複製物の販売量に、権利者が当該複製物を頒布する際の単位数量あたりの利潤を乗じて計算する。頒布減少量の認定が困難な場合には、違法複製物の市場販売量に基づいて認定する」と規定している。

日本著作権法第114条について

日本著作権法第114条は、著作権侵害における賠償額算定の基準を定める規定である。平成8年改正前の第114条は、侵害者が侵害行為により受けた利益を権利者が受けた損害額と推定すること(第1項)、権利者が著作権の行使につき通常受けるべき金銭の額を損害額として請求できること(第2項)、第2項の規定にかかわらず、通常受けるべき金銭の額を超える損害の賠償を請求することもできること(第3項)を規定していた。被害を受けた著作権者は第1項または第2項の算定方法を任意に選択することができる」と解されていた。

しかし、現実問題として、第1項を援用する場合、侵害者が侵害行為によって得た利益の額を権利者が立証しなければならないが、侵害者の利益を直接立証するための資料は侵害者側にある場合が多く、権利者が侵害行為によって得た利益の額を直接立証することは困難である。また、1項はあくまで推定規定であり、反証が可能である⁵⁵⁾。このような批判を受けて、平成8年の法改正(平成8年法第117号)で、損害立証書類提出命令の規定が新設された(著作権法(昭和45年5月6日法律第48号、平成8年法律117号改正)第114条の2)。

平成12年の法改正(平成12年法56号)では、まず、第114条2項の「通常」が削除された。改正前の第2項にいう「通常受けるべき金銭の額」が、事前に許諾を求めてきた誠実なライセンサーに対する許諾の実例を基礎として算定されるとすれば、著作権侵害者の「やり得」を許す結果になると指摘されたことを受けての改正である。さらに、第114条の2の規定が、侵害行為の立証に必要な書類の提出にも適用されることとなった。その他、提出命令を拒む正当な理由の有無を判断するための手続としてのイン・カ

メラ制度の導入(同法第114条の2の2項)、鑑定に必要な事項についての訴訟当事者の鑑定人に対する説明義務(同法第114条の3)、損害額を立証するために必要な事実を立証することが当該事実の性質上極めて困難である場合に裁判所が相当な損害額を認定できること(同法第114条の4)が新たに規定された。

平成15年の法改正(平成15年法85号)では、権利者による損害額の立証負担の軽減措置として、第114条が改正された。前述のように、より容易に損害賠償が行われるために、侵害者が「侵害行為によって得た利益の額」をもって権利者の受けた損害額と推定する規定が著作権法に設けられたが、侵害者が一定の数量を無償で配布する場合や、侵害者が得た利益が小さかったような場合には、権利者の逸失利益が十分に賠償されることにならない。また、権利者が侵害者の利益を立証することが困難な場合も多い。そこで、平成15年の法改正で、現行著作権法第114条1項が追加された⁵⁶⁾。それによれば、権利者が自ら著作物等を販売する能力を有している場合には、「海賊版の販売数×正規品の単位数量当たりの利益額」を損害額として算定できる。インターネットを用いた無断送信などのような場合は、「違法にネット配信された海賊版のダウンロード数量」に基づいて損害賠償額を算定することもできる。なお、代替品の存在、販売市場の相違、侵害者の営業努力、侵害品固有の顧客吸引力など「譲渡等数量の全部又は一部に相当する数量を著作権者等が販売することができないとする事情」があることを侵害者が立証した場合には、それに相当する数量に応じた額が減額される。また、権利者による侵害行為の立証負担の軽減措置として、現行著作権法第114条の2が新設された⁵⁷⁾。これにより、侵害の行為を組成したもの又は侵害の行為によって作成されたものとして原告が主張する物の具体的態様を被告が否認する場合には、単純に否認するだけでは足りず、被告自身が自己の行為の具体的態様を説明しなければならない。

中日著作権法における賠償額算定方法に関する規定の比較

ここまでの記述をまとめると、中国における著作権侵害損害賠償事件に

における賠償額の算定方法としては、実際損失、違法所得、法定賠償⁵⁸⁾の3つの方法が規定されている。他方、日本の場合は、譲渡数に単位利益を乗じる方法(第114条1項)、利益額による推定(同条2項)、使用料相当額(同条3項)という3つの方法のほか、裁判所による「相当な損害額」の認定(第114条の5)もある。このうち、第114条1項及び3項に規定される方法は、中国の「実際損失」の算定方法に相当する。第114条2項の利益額は、中国の「違法所得」に相当する。また、第114条の5は、中国の法定賠償規定と類似するが、中国の場合は、50万元を超えない範囲内として算定額が制限されている。

損害賠償額の算定方法	日本著作権法	中国著作権法など
権利者の頒布減少量× 権利者単位利益	規定なし	著作権法第48条1項前段にいう 「実際損失」 司法解釈[2002] 31号第24条
侵害者による譲渡数量 × 権利者単位利益	第114条1項	同上
侵害者の利益	第114条2項	著作権法第48条1項前段の2文
使用料相当額	第114条3項	北京高級人民法院[2005]12号 第7条1項3号(但し、著作権 法には規定されていない)
裁判官による相当な損 害額の認定	第114条の5 (上限なし)	著作権法第48条2項 (但し、50万元を上限とする) (いわゆる「法定賠償」)
訴訟のため原告の支出	規定なし	著作権法第48条1項後段にいう 侵害阻止のために支出した「合 理的費用」 司法解釈[2002] 31号第26条 (調査・証拠収集・弁護士費用)

以下、裁判例の分析を通して中日における損害賠償額の算定のあり方を比較検討する。

(2) 中国における損害賠償額の算定

権利者の実際の損失を賠償額とする場合

現行中国著作権法第48条の規定により、権利者の実際の損失額を明らかにすることができる場合は、それを賠償額としなければならない。権利者が受けた実際の損失には、直接損失と間接損失とが含まれる。中国の多くの民法学者の見解によると、直接損失とは現有財産の減少で、間接損失とは得べかりし利益の喪失である⁵⁹⁾。直接損失及び間接損失の内容についてはこれと異なる説明もあるが、いずれにせよ、全面賠償の原則の下では、訴訟のため支出される費用を含むすべての損失額を賠償額としなければならない⁶⁰⁾。

実際の損失額を賠償額と主張するときは、権利者は自らの損失及び損失額を立証しなければならない。

以下、裁判例を通して実際の損失の算定方法をみよう。

(i) 「権利者の販売減少量×権利者の単位利益」 ソフトウェアの無断複製・

販売事件(北京市海淀区人民法院1993年2月23日判決)

本件は、原告が著作権を有するソフトウェアを被告が故意に複製・販売した事件である。原告の実際損失を算出するために、裁判所は、会計事務所に、原告のソフトウェアの発売時から判決までの期間の販売状況の監査を委託した。損害額を認定する際、裁判所は、監査報告に基づいて、侵害開始時点における原告のソフトウェア販売量を基準として、侵害がなければ判決までに原告が販売できたであろう数量を算出し、そこから侵害期間中に原告が実際に販売した数を除いて、被告の侵害行為によって原告が販売できなかった数量とした。そして、この、販売できなかった数量に原告の平均利潤を乗じて得た金額が、原告の実際損失額と認定された。認定の際、被告の侵害行為以外に、例えば連休による販売時間の短縮など、原告の販売量の減少に影響を及ぼし得た他の要素も考慮された。すなわち、

損害賠償額 = 原告の実際損失 + 技術・会計監査の鑑定費

$$\text{原告の実際損失額} = (\text{侵害開始時点の月間販売量} \times \text{侵害期間} \\ - \text{侵害期間中の実際販売量}) \times \text{原告の平均利潤} - \text{考慮要素}$$

本件は中国ソフトウェア保護条例施行後最初の著作権侵害事件で、その当時、賠償額算定方法に関する規定または司法解釈は存在しなかった。本判決は、賠償額算定方法に関する現行著作権法及びその後の一連の司法解釈に鑑みて、先駆けの意義をもった判決といえる。本件裁判所は、権利者の推定販売減少量にその単位利益を乗じるという方法で権利者の実際損失を算定した。これも、司法解釈(2002)31号の第24条にある、権利者の頒布減少量を優先的に用いて実際損失を算出する旨の規定に一脈通じるものがあった。

(ii) 「被告の譲渡数量×原告の小売価格」 ソフトウェア無断複製・

販売事件(北京市海淀区人民法院1993年12月15日判決)

本件は、被告に対して本件ソフトを無断複製販売したとして原告が損害賠償を求めた事件である。訴訟において裁判所は、会計事務所に被告会社の販売帳簿の監査を委託して、被告の譲渡数量を明らかにすることができた。監査結果に基づいて、裁判所は、賠償額を以下の方法で算定した。すなわち、

$$\text{損害賠償額} = \text{被告の違法所得} + \text{原告の弁護士費用} + \text{証拠保全費用} \\ + \text{企業名誉回復費} + \text{委託販売の推定所得}$$

このうち、被告の違法所得は、「被告の譲渡数量×原告の小売価格」で算定されたと判決は述べているが、これは、現行著作権法第48条にいう「侵害者の違法所得」とは異なり、今日では実際損失の算定方法とされるものに相当する。前述のように、判決当時は、損害賠償額の算定に関する明文規定も司法解釈もなかったため、概念の混乱があったとも考えられる。本件では、ソフトウェアの無断複製販売の事実を踏まえて、パッケージソフトウェアの小売価格に基づき賠償額が算定されたと推測される。

(iii) 北京市第二中级人民法院2005年6月20日(2005)二中民初字第00005号
民事判決

原告は、自ら開発したシステムソフトウェアを利用してインターネットを通じた人材募集、紹介等を業とする会社である。被告らは、原告の元従業員により設立された、原告と同様のサービスを提供する会社とその元従業員である。原告は、被告会社が原告の許諾を得ることなく、原告ソフトを使用し、同ソフトに対する原告の著作権を侵害したとして、50万円の損害賠償及び訴訟のために支出した費用(4万5千円余り)の負担を求めて提訴した。審理の過程において、原告は、原告ソフトの研究開発及び市場宣伝などの費用として約550万円がかかったと主張した。その証拠として、家賃、市場宣伝費用、システム委託管理費用、設備費用、開発者の給与など関連契約書が提出された。

裁判所は、被告が原告の氏名表示権、複製権及び報酬取得権を侵害したと認定した上、原告の求める損害賠償額は高すぎて、その根拠は不十分であるとして、原告ソフトの独創性、被告の権利侵害行為の方式、期間、及び過失等の要素を総合的に考慮して、賠償額を認定すると判示した。裁判所は、著作権法第48条第1項等の規定に基づいて、被告に原告の経済損失1万1千円の賠償と訴訟のための支出9千円の負担を命じた。

本件原告の経済損失がどのように算出されたかは不明であるが、原告によって提出された証拠から研究開発にかかった人件費等を参考にしたのではないかと推測される。

侵害者の違法所得を賠償額とする場合

侵害者の違法所得は、一般的に侵害行為によって得た「利益」を指すと解される。中国現行会計制度の下では、「利益」には、製品売上利益、営業利益、純利益がある。製品売上高から、売上原価(製造原価と販売費用を含む)と製品売上税金及び附加⁶¹⁾を差し引いて得られるのが、製品売上利益である。営業利益は、製品売上利益から管理費用と財務費用を引いた後の利益を指す。純利益は、営業利益から所得税を引いた後の利益であ

る。通常、製品売上利益は営業利益よりはるかに高いため、どの利益が違法所得とされるかは当事者にとって非常に重要な問題である。

前述の法釈(2000)48号の第10条は、侵害者が侵害行為によって得た利益に基づいて賠償額を算定することができるとし、その際、「侵害者がその原価または必要費用の証明をできない場合は、その侵害行為によって得られた収入を利益とする」と明確に規定していた。ところが、2003年12月の最高人民法院審判委員会により法釈(2000)48号が改正されて、第10条が削除された。削除された理由は、賠償額の算定については、改正著作権法第48条及び法釈(2002)31号の第24条、25条、26条で明確に定められるに至り、インターネット伝達権侵害の場合にもこれらの条文を適用すれば足りるからとされる。しかし、これらの条文は、いずれも侵害者の違法所得の計算には触れていない。この点、2005年1月11日より公布・施行された北京市高級人民法院(2005)12号「著作権侵害損害賠償責任の認定についての指導意見」の第8条は、侵害者の違法所得が、製品売上利益、営業利益、純利益の3つを含むことを前提に、通常の場合においては営業利益を賠償額としつつ、被告による侵害の情状若しくは侵害がもたらす結果が重大である場合は製品売上利益を賠償額とすることができ、侵害の情状が軽微であり、かつ訴訟の過程において被告が侵害行為をすでに自ら停止した場合は純利益を賠償額とすることができると明記している。

権利者が侵害者の違法所得を賠償額として主張する場合の証明責任について、多くの裁判官の意見では、違法所得の証拠である財務帳簿や契約書などは侵害者側にあるから、権利者が侵害行為の存在さえ証明できれば、違法所得に関する証明責任は被告が負うものとされる。財務帳簿などの証拠の提出を被告が拒否し、あるいは提出された証拠が採用できない場合は、侵害者に不利益が課されることになる。すなわち、裁判官は、権利者の立証または職権による調査に基づいて、侵害者に重い賠償責任を負わせることができる。1998年7月20日の、一部の地方裁判所が参加する知的財産裁判座談会においても、最高人民法院は同様の認識を示している⁶²⁾。これに

反対する少数意見は、このような場合に証明責任を転換するのは根拠が不十分で、妥当ではなく、権利者が侵害行為の存在に限らず、侵害行為が行われた期間、規模、さらに、それにより得られた利益についても立証しなければならぬとする⁶³⁾。

前記北京市高級人民法院（2005）12号は、多数意見を採用した。当該指導意見の第8条第5項には、侵害者の違法所得を賠償額とする場合、原告が被告の違法所得について一応の証明を行い、または合理的な理由を述べた後、被告の反論に証拠がなく、またはその証拠が自らの主張を十分に証明できない場合において、裁判所は原告の主張を認めることができる、と定めている。

(i) 黒竜江省高級人民法院1998年12月1日（1997）民終字第3号判決

本件は、原告が、原告による自動決済システムのソフトウェア開発に参加した者が離職後被告会社を設立して、無断に原告のソフトウェアを利用して同様なシステムを製造販売したとして損害賠償を求めた事件である。なお、本件被告はシステムの販売から利益を得ることが目的ではなく、その決済システムに使用されるICカードの販売から利益を得るのが目的であった。原審裁判所は、ICカードの販売によって被告が得られた利益の全部を損害賠償額とした。

被告の利益 = 被告ICカード販売枚数 × 被告単位利益（枚）

しかし、控訴審では、次の要素、すなわちシステム全体はハード部分とソフトウェア部分とから構成され、裁判で被告によって侵害されたと認められたのは、ソフトウェア部分を構成する3つのソフトのうちの1つであることを考慮して、被告利益の60%を賠償額とした。ただ、60%とした理由について、判決は、侵害されたソフトウェアを開発する際の難しさのみを挙げた。

(ii) 上海市第一中級人民法院1999年12月13日判決

本件は、被告が原告の開発したソフトのソースコードの一部を複製利用して被告製品を製造販売したとして、損害賠償を求めた事件である。原審

裁判所は、被告の売上高（ハード部分の価格を含む。）を損害賠償額としたが、控訴審判決では、原審裁判所の算定した賠償額は、ソフトウェアの原価及び販売費用が控除されておらず不当であるとして、賠償額を新たに算定した。

原審賠償額 = 販売数 × 被告の販売価格

控訴審賠償額 = 販売数 × 被告販売価格 - ソフトウェア原価 - 販売費用

なお、本件原告被告共に自らの利益を証明しなかった。

(iii) 北京市第一中級人民法院2005年9月20日判決

本件は控訴審判決であるが、原審判決による損害賠償額の算定を支持した。原告は、訴外第3者との間での別の著作権帰属確認訴訟において、本件の医療用ソフトウェア（以下、原告ソフト）の著作権者として認められた。鑑定によって被告が使用したソフトは原告ソフトと同一であることが確認された。原審裁判所は、原告の損害賠償請求を全額認めた。

原審によると、被告の契約書などに照らして少なくとも93社が被告から被告ソフトを購入し、または他の形式で取引した。被告の見積価格、内部譲渡価格、合作価格及び売買契約の価格⁶⁴は、60万元から240万元の間であった。売買契約及び当事者の証言に照らして、当該製品のハード部分の原価はおよそ20万元から40万元であった。以上の価格から最高原価である40万元を控除して得た値の平均値を、権利侵害期間における被告の平均利潤とし、1取引先は1台と計算すると、侵害による被告の利益は原告の求める損害賠償額を超えた。さらに、前記認定された取引先はすべて2003年以前の顧客であることを考えて、原告の損害賠償請求額は全額認められるべきであるとされた。このようにして、本件原審裁判所は、被告の違法所得に基づき損害賠償額を算定した。すなわち、

損害賠償額 = 被告製品譲渡数量 × 被告の平均単位利益

権利者の受けるべき使用料相当額及び法定賠償の場合

権利者の受けるべき使用料相当額に基づく賠償額の算定に関する規定は、中国著作権法にはない。しかし、中国特許（意匠、実用新案を含む）法第

60条は、特許権侵害に基づく損害賠償額について、権利侵害によって権利者が受けた損失または侵害者が権利侵害によって得た利益によって認定する旨規定しているが、権利者の実際損失と侵害者の違法所得の認定が困難な場合は、「当該特許の使用許諾料の倍数で適切に認定する」とも定めている。また、著作権民事紛争を審理する際の法律適用に関する最高人民法院の司法解释(2002)31号の第25条では、法定賠償による賠償額の認定における考慮要素の1つとして合理的な使用料が挙げられている。さらに、特許紛争事件を審理する際の法律適用に関する最高人民法院の司法解释(2001)21号では、権利侵害によって受けた損失または侵害者が得た利益の認定が困難な場合で、特許使用許諾料が存在するとき、裁判所は、権利侵害の性質など諸要素を考慮した上、当該特許使用許諾料の1~3倍を参考にして合理的に賠償額を認定することができる、との明文規定がある。2005年1月の著作権侵害損害賠償に関する北京高級人民法院の指導意見においては、使用料相当額は、権利者の実際損失の算定方法の1つであると同時に、法定賠償の場合に賠償額を認定する際の考慮要素でもあるとされている。ソフトウェア著作権の侵害による損害賠償請求事件では、法定賠償規定に基づき権利者の受けるべき使用料相当額に依拠して賠償額が認定されるケースが多いが、使用料に倍数が乗じられるまでには至っていない。

中国著作権法第48条2項のいわゆる法定賠償規定は、「権利者の実際損失又は侵害者の違法所得を認定できない場合は、人民法院が権利侵害行為の状況に応じて侵害者に50万元以下の賠償を命じる。」と規定する。中国では拳証責任の所在がかならずしも明確にされていないため、裁判官は、往々にして、実際損失あるいは違法所得に関する証拠が不十分であるとの理由で法定賠償を適用する傾向がみられる。また、その場合に、賠償額はどのように算定されたかは、殆どの判決文で明らかにされていない⁶⁵⁾。

(i) 北京市朝陽区人民法院2003年6月23日(2003)朝民初字第11754号判決

本件原告は印刷業務用ソフトの著作権者で、被告は印刷会社である。原告は、被告が権利者の許諾を得ずに原告ソフトを業務上使用したとして20

万円の損害賠償を求めた。判決では、原告は、被告が原告ソフトを使用することによって受けた損失額を証明していないし、また被告が原告ソフトの使用によって得た利益も証明できていない。したがって本裁判所は、被告が本件ソフトを使用する営利目的、侵害行為を行う際の過失、権利侵害の情状、結果等の要素を総合的に考慮して、適切にその負うべき賠償額を認定するとして、被告に10万円の損害賠償を命じた。なお、本件審理の過程において、原告ソフトの通常の市場価格は10万円であることが明らかにされていた。

(ii) 北京市第一中級人民法院2003年7月10日(2001)一中知初字第255号

原告はアメリカのソフト会社で、原告データベースソフトの著作権者である。被告は中国のソフトウェア開発会社で、一部の自社製品に原告のデータベースのエンジンファイルを使用した。原告は、原告データベースの著作権が侵害されたとして、直接損失、商業上の信用と評判の低下に受けた損失及び影響の排除費用、合わせて300万円の損害賠償を求めた。裁判所によって認められた賠償の事実根拠は、次のようなものであった。

- (a) 原告ソフトをインストールすると29のフォルダが生成され、289のファイルがそこに含まれる。その合計バイト量は19.4MBである。被告に侵害されたのは、そのうちの3つのエンジンファイルで、バイト量は2.07MB、全体量の約10.7%で、ファイル総数の約1.04%である。そのうち被告のone-machine版製品に使用された侵害ファイルは、被告ソフト全体のバイト量の約1.99%、ファイル総数の1.37%を占めた。
- (b) 被告より原告に提出された顧客リストには、被告one-machineバージョン製品ユーザー168社、LANバージョン製品ユーザー42社が含まれていた。この42社のうち、約25%のユーザーは原告データベースを使用しなかった。
- (c) 証拠保全措置によって押収された被告の財務帳票を委託した会計事務所による監査の結果、1999年1月～2001年10月まで(被告製品発売

から押収された時点まで)の各バージョンの販売数及び販売価格が明らかにされた。

- (d) 本件原告ソフトの市場価格を証明するものは無いが、本件原告ソフトの新バージョンの価格が参考とされた。

裁判所は、損害賠償額の算定について、以下のように述べた。

「原告は、商業上の信用及び評判、直接損失、影響排除の費用を賠償額の根拠とするが、被告による原告ソフトにある3つのファイルの複製、頒布行為が原告の信用及び評判にどのような損害を与えたかについて、証拠をもって証明しなかったため、その主張は認められない。被告の権利侵害によって原告が受けた直接損失について、原告が権利を主張するソフトと被告の権利侵害ソフトとは、その機能と用途において大きな相違があり、被告がその権利侵害ソフトに使用したのは原告ソフトにある289のファイルのうちの3つで、バイト量においてもファイル数においてもわずかな部分しか占めていなかった。そのため、原告が主張する被告の権利侵害ソフトの譲渡数に原告ソフトの利益を乗じるという損失の計算方法を適用するのは妥当でない。また、被告が抱き合わせた原告ソフトのファイル数とバイト量が被告ソフトに占める割合もわずかであることから、被告ソフト全体によって得た利益に基づいて損害額を算定するのも客観的ではない。したがって、本裁判所は、原告ソフトの販売価格、権利侵害ソフトの販売数及び価格、被告によって複製された原告ソフトのファイル数及びそのバイト量がそれぞれ原告及び被告ソフトに占める割合、被告ソフトにおける複製された原告ソフトのファイルの役割等の要素を参加して、適切に賠償額を認定する。」

裁判所は、原告の経済損失及び訴訟のための合理的な費用、合わせて20万円を賠償するよう、被告に命じた。

- (iii) 北京第一中級人民法院2004年6月9日(2004)一中民終字第3719号判決
本件控訴審裁判所は、原審判決の一部を破棄した。

原告は、宿泊予約用ソフトウェア（以下、原告ソフト）の著作権者である。被告は、旅行会社で第三者（原告ソフトの開発者の1人）から安い価格で本件宿泊予約用ソフト（以下、被告ソフト）を購入して業務上使用していた。鑑定の結果、被告ソフトは実質的に原告ソフトと同一であると認定された。原告は、著作権侵害を理由として100万円の経済損失及び訴訟のため支出した費用を賠償するよう裁判所に求めた。なお、原告ソフトの通常販売価格は12万円で、原告が主張する100万円の損失については他に証拠が提出されていなかった。

原審裁判所は、原告の求める賠償額は証拠不十分として、被告の本件ソフトウェアの使用目的、過失、権利侵害行為を行う方法、及びもたらす結果等の要素を総合的に考慮して賠償額を認定すると判示し、訴訟のために支出した費用と合わせて25万円の損害賠償を被告に命じた。これを被告が不服として控訴した。控訴審裁判所は、原審判決の賠償額に法律上の根拠がないという被告の主張を認め、原告の訴訟のための支出を含めて14万円の損害賠償を被告に命じた。

(iv) 北京市朝陽区人民法院2005年5月20日(2004)朝民初字第24766号判決

原告は、画像用ソフトウェア（以下、原告ソフト）を開発した会社で同ソフトウェアについて著作権を有している。原告は、被告が原告ソフトの技術的保護手段の解除、権利管理情報の改竄及び一部内容の改変を行い、被告会社のホームページにおいて3500円の価格で複製、販売したとして、50万円の損害賠償と3千元余りの合理的な費用の負担を求めて2004年9月1日に提訴した。審理において、被告による原告ソフトの技術的保護手段の回避、氏名表示権・修正権・複製権及び頒布権に対する侵害が認められた。損害賠償額に関して裁判所は、被告ソフトの販売価格、侵害行為の情状、故意過失等を総合的に考えて、原告の求める賠償額は妥当と判決し、著作権法第48条第2項に基づき50万円の損害賠償を被告に命じた。

審理において明らかになった事実は、本件原告ソフトは2003年10月1日に公表されたこと、2003年9月10日と2004年7月1日に2人の者がそれぞれ

れ3300元と4500元で被告ソフトを購入したこと、また2004年7月15日に別の第3者が1270元で被告ソフトのパッケージ版を通信販売で購入したことである。原告は、以上の侵害事実を踏まえて法定賠償の適用を選んだと思われる。なお、原告自身による原告ソフトの販売が実施されたか否かについて判決は明らかにしなかった。

(v) 北京市第一中級人民法院2005年7月27日(2005)一中民初字第3263号判決

本件は、被告が無断で原告のインターネットテレビ電話会議システムソフトウェアを複製、販売したとして、原告が損害賠償等を求めた事件である。原告は28万円の損害賠償を請求した。その根拠として、被告自身のホームページに本件ソフトはすでに6社に販売したと明記してあること、本件ソフト1つで10のユーザーが同時に使用することが可能で、その場合の原告希望価格は10万8千元であるが、実際の売買契約書では5千元であることが主張された。しかし、原告によって提出された希望価格及び売買契約について、被告は、実際履行されたか否かは確認できないと主張し、同主張は裁判所により認められた。結局、裁判所は、被告ホームページにある販売実績を被告による譲渡数を認定する根拠とし、被告の譲渡数量及び同ソフトウェアの市場価格に基づき賠償額を認定するとした。判決は、著作権法第48条2項に基づいて被告に10万円の損害賠償を命じた。

(3) 中国における損害賠償額の算定に関する検討

以上、裁判例を加えながら、中国の著作権侵害事件における損害賠償額の算定方法を概観した。後述する日本著作権法におけるそれと比較しても、中国著作権法及び司法解釈などにおいて確立された賠償額の算定方法それ自体には、さほど大きな問題がないが、運用においてはまだまだ改善しなければならない点が多い。例えば、実務では、裁判所によって認められた賠償額と被害者の賠償請求額との差は依然として大きい。北京高級人民法院の調査研究によれば、殆どの訴訟で、裁判所によって認められた損害賠償額は原告の請求額の半分以下であって、その1割にも満たない場合も少なくないという現状が明らかになった。また、法定賠償による賠償額

の認定件数が極めて多い。その原因は、当事者と裁判所の両方にあるといわれる⁶⁶⁾。当事者側の問題として、挙証責任を十分に果さない、さらには、怠ることすらあると指摘されている。これは、著作権侵害訴訟のみならず中国における訴訟全般に当てはまる問題と言えるかもしれない。著作権侵害を理由として損害賠償を求める場合において、実際損失、違法所得、法定賠償のいずれの算定方法に基づくかは、本来原告が選択すべき事柄であるが、実際に原告が自ら賠償額の算定方法を選択したケースは少なく、被った損失を積極的に証明しようという努力はあまり見られない。また、被告についても同じことが言える。例えば、違法所得に関する明確な概念規定がないため、違法所得が被告の利益に限定されるとは限らず、したがって、違法所得による賠償額算定の場合には、被告が積極的に原価や費用など利益以外の部分を証明しなければならない。それにもかかわらず、これらの点について、被告が十分に挙証責任を果す場合は少ない。他方、裁判所も、当事者によって提出された賠償額の算定に関連する証拠の証拠力をなかなか認めないと指摘されている。

これらの問題点を改善するために、2005年1月11日、北京市高级人民法院は、「著作権侵害損害賠償責任の認定に関する指導意見」(京高法発[2005]12号)を公表した。これは中国における将来の実務の発展方向を指し示すものと考えられるので、最後にその内容をお紹介しよう。

この指導意見は、損害賠償額の算定方法として、(i) 権利者の実際損失、(ii) 侵害者の違法所得、(iii) 法定賠償の3つの方法を明示したうえ、原告が侵害を停止させるために支出した合理的な費用も賠償額に算入すべきこと、被告の違法所得が原告の実際損失よりも高いことが証拠によって証明された場合は、原告の請求額の範囲内において、被告の違法所得を賠償額とすることができることを示した。

さらに、(i)の実際損失の算定方法について、具体的に以下の8つの方法が列挙された。

ア) 侵害により減少した原告の利潤をもって賠償額とする方法

- イ) 新聞雑誌・図書出版あるいは類似の手段による侵害の場合は、国の原稿料算定基準を参照する方法
- ウ) 原告の合理的な使用許諾料を基準とする方法
- エ) 原告の販売量の減少分に当該複製物の単位利潤を乗じる方法
- オ) 被告の違法複製物の数量に原告の単位利潤を乗じる方法
- カ) 侵害により原告の使用許諾契約が履行不能となり、あるいは通常の履行が困難になった場合の予想利潤の損失をもって賠償額とする方法
- キ) 被告の侵害行為による原告著作物の価値低下による損失
- ク) その他の方法

(ii)の侵害者の違法所得については、製品売上利益、営業利益、純利益が含まれるとし、通常は営業利益を賠償額とするが、侵害状況又はその結果が重大である場合は、製品売上利益を賠償額とするものとされる。侵害状況が軽く、訴訟期間中自ら侵害を停止した場合は、純利益を賠償額とするものとされる。

(iii)の法定賠償については、権利者の実際損失と侵害者の違法所得が概ね明らかに行けるとし、または、事件の具体的状況に応じて、証拠に基づき市場原理に照らして賠償額を算定できるとき、直接に法定賠償の規定を適用してはならないとされる。法定賠償を適用する場合は、一の著作物を単位に賠償額を認定するが、そのとき配慮すべき要素として、原告の通常ありうる損失または被告の通常得られる利益、著作物の類型・使用許諾料・知名度及び市場価値・独創性等、侵害者の故意過失・侵害方法・期間・範囲・結果等が掲げられている。

この指導意見では、著作物の類型に応じて通常よく用いられる賠償額の算定例が列挙されている。その中で、ソフトウェアのユーザーによる著作権侵害の場合は、原告の合理的な使用許諾料または当該ソフトウェアの正規品市場価格により認定することができるかとされている。さらに、同時に、著作物の知名度及び権利侵害期間における市場影響力・著作者の知名度・被告の故意過失・著作物の創作に際しての困難さ及び投下資本を参照して、

その合理的な使用許諾料または当該ソフトの通常市場価格の2倍から5倍以内で賠償額を認定することができる。とされる。

(4) 日本における損害賠償額の算定

民法第709条に基づく損害賠償

民法第709条は損害賠償に関する一般規定で、著作権法第114条適用されない場合や著作物性が否定された場合には、民法第709条に基づく損害賠償が可能である。

(i) マイコンテストボックス事件 大阪地裁平成12年12月26日判決⁶⁷⁾

原告は顧客の依頼により、顧客製品のICの性能を測定、検査するためのプログラム(以下、本件プログラム)を組み込んだハードウェア(以下、マイコンテストボックス)を製作販売していた。被告は、原告の元従業員でコンピュータ技術者である。原告は、原告が著作権を有する本件プログラムを被告が不正に取得し、改変を加えて販売したことにより、原告の本件プログラムについての著作権を侵害したとして、損害賠償を求めた。

損害額について、原告は、被告の退社直前3ヶ月間の売上453万円を根拠に提訴するまでの間の損害を算出した。これに対して、裁判所は、原告のマイコンテストボックスの売上が定常的に3ヶ月当たり453万円の割合で継続していたことを認めるに足りる証拠はないとして、被告が原告を退社する以前に、顧客から出された2つの見積書に基づき、原告が新規にマイコンテストボックスを納入する際の販売価格は、前記2つの見積書の見積額の平均である226万9000円と推認するのが相当と判断した。また、原告、被告ともにプログラム作成に必要な経費の殆どは人件費であり、利益率は販売価格の約6割であると供述していることを考慮すると、被告の不法行為により原告が受けた損害の賠償額として、民法709条に基づき136万1400円が妥当であるとされた。

本件では、被告による原告の翻案権侵害が認められたが、損害賠償に関して、著作権法第114条ではなく民法第709条が適用された。そのためか、裁判所は被告の財務書類等の提出を求めず、直接に原告の損失を認定した。

(ii) 自動車データベース事件 東京地裁平成14年3月28日判決⁶⁸⁾

本件では、原告のデータベースを複製し、それを自動車整備システムに組み込んで販売した被告の行為は、著作権侵害に当たらないが、不法行為には当たるという中間判決（東京地裁平成13年5月25日）の判断を踏まえて、原告の逸失利益が算定された。

原告の逸失利益について、裁判所は次のように判示した。すなわち、顧客は、自動車整備用システムを購入するとき、自動車に関する情報を収録したデータベースのみならず、ソフトウェアの機能、ハードウェアの仕様など様々な要素を総合して判断するので、被告が本件データベースを複製したデータベースを含む被告システムを販売していなかったとしても、必ずしもそれに相当する数のユーザーが原告システムを購入するとは認められない。したがって、被告システムの販売と原告の販売機会の喪失との因果関係が認められる原告システムと被告システムとの実際の競合件数に、原告が得ることができた一台当たりの利益額を乗じて原告の損害額を算定すべきであって、被告システムにおける複製された部分のデータベースの寄与率による減額等は行われず、と⁶⁹⁾。

侵害行為により得た利益の額

損害額の挙証責任は一般に被害者側にあるが、著作権侵害の場合は、その損害額の立証は困難であるため、侵害者が侵害行為により得た利益の額が権利者の損害額と推定される。しかし、この「利益」の意味は必ずしも明確ではない。この点、同様の趣旨の特許法第102条2項（平成10年改正前の1項）の「利益」については、従来から議論されており、具体的には、純利益説、粗利益説、限界利益説がある。粗利益説は、売上高から製造原価等の直接的なコストを控除した後の額を「利益」とする説である。それに対して、純利益説は、製造原価などの直接的なコストだけではなく、その他の販売費用や一般管理費も控除の対象になると主張する。長い間、多くの判決で「純利益」説が採用された⁷⁰⁾。また、特許法第102条2項の「利益」とは、本来、「純利益」であるが、「粗利益」から控除すべき費用

の立証責任は侵害者にあると解する学説もある⁷¹⁾。これと関連して、大阪地裁昭和60年6月28日の「エチケットブラシ」商標権侵害事件判決⁷²⁾は、原告が粗利益額について一応の立証をした場合、被告は、純利益を算定するために控除すべき費用について立証責任を負うという同旨の見解を示した。

これらに対して、限界利益説は、侵害者の「利益」をもって損害額を推定する際、侵害者の売上高から控除される費用の項目は権利者の限界利益⁷³⁾を算定するときの控除項目と同じでなければならないと主張する。この説によれば、侵害者が侵害製品の製造に一般管理費を新たに要したということを理由にその費用の控除を認める純利益説は、権利者にとって不公平である。侵害者がゼロから設備投資を行って侵害行為をスタートする場合、上記の大阪地裁判決の見解によれば、侵害者の売上高から設備投資額を控除したものが侵害者の利益となる。しかし、権利者は設備投資の必要がなく、既存の設備を利用できる場合の逸失利益は、売上高から変動経費のみを引いた限界利益であって、それが本来賠償されるべき逸失利益である。侵害者の利益をもって侵害額を推定するとき、権利者の逸失利益を算定する場合と同じ算定方法によらなければならないとされる⁷⁴⁾。後述のシステムサイエンス事件判決は、売上高から製造販売のための変動原価のみを控除するという限界利益説を示し、後の判決に多大な影響を及ぼした。現在、限界利益説的な考え方は定着していると言える。

(i) システムサイエンス事件 東京地裁平成7年10月30日判決⁷⁵⁾

原告は、原告が製造販売していた計測装置4種類の回路基板のROMに収納されている各制御用プログラムの著作権が自己に帰属しているとして、これら計測装置を原告の許諾なく製造販売した者を相手として、著作権帰属の確認を求めると同時に、差止めと損害賠償を請求した。

損害賠償額の算定に関わって、著作権法第114条1項(現行同2項)にいう「利益」の意義が問われた。この点について、裁判所は次のように判示した。すなわち、著作権侵害によって原告の受けた損害においては逸失

利益が中心である場合が多い。しかし、逸失利益と侵害行為との因果関係や、損害額算定の基礎となる各種の数値などを証明することには困難が伴う場合が多いので、著作権法は侵害者がその侵害行為により得た利益の額をもって著作権者の逸失利益と推定する。したがって、推定の前提事実である、侵害者が侵害行為により受けた利益の意味も、財務会計上の利益概念にとらわれることなく、推定される事実との関係で定めるべきである。本件の原告のように、研究開発を終え、現実的に営業的製造販売を行っている場合には、原告の逸失利益とは、工場設備や従業員の雇用、訓練など要さず、そのままの状態で製造販売ができる台数の範囲内で、当該装置一台分の失われた売上額から当該装置の製造販売のための変動経費のみを控除した限界利益というべきものの、台数分と考えるべきである。原告の逸失利益を推定する前提となる被告らが侵害行為により受けた利益も、被告製品の売上額からその製造販売のための変動経費のみを控除した額と考えるのが相当であり、被告製品の開発費用、人件費、一般管理費、営業外費用、租税公課、製造装置償却費などは控除の対象とはしないものと解するのが相当である、と⁷⁶⁾。

侵害行為により被告の得た利益の認定に当たって、裁判所は、「被告製品は、その基盤に装着された ROM に収納されたプログラムの複製、頒布は原告の著作権の侵害であるが、それ以外の装置本体部分の製造、販売は侵害とはいえないから、このような製品の場合には、推定の前提事実となる被告らの得た利益とは、被告製品全体の製造、販売による利益中の当該著作物の寄与による利益をいうものと解するのが相当である」と判示した。

さらに、装置におけるプログラムの寄与度について、裁判所は、「その価値を量的に比較しようとする時、原告がハード部分、ソフト部分の開発に要した費用も一応の基準になりうるものと考えられる」と判示した⁷⁷⁾。

(ii) 東京リーガルマインド事件 東京地裁平成13年5月16日判決⁷⁸⁾

プログラムについての著作権を有する原告らが、被告に対して、企業内でプログラムを違法にインストールして使用したことが著作権侵害にあた

るとして、損害賠償などを求めた。被告は、訴訟手続が開始した後に、自ら調査して正規の使用許諾を受けていない複製品を、自社に設置されているパソコンの内部記憶装置から完全に抹消した上で、市場から正規品を購入して使用していた。

原告らは、被告の利益額を賠償額と推定する場合は、正規に購入すれば支出すべきであった本件プログラムの正規品小売価格の総計と、本件プログラムの使用が被告の売上に寄与したことによって得た利益との合計額が、侵害行為により被告が得た利益額であると主張した。また、使用許諾料相当額に基づき賠償額を算定する場合は、正規品小売価格の2倍相当額を下らないと原告らは主張した。被告は、違法複製品をすべて正規品に置き換えたことにより許諾料を支払ったから、原告らに損害は生じていないと主張した。

これに対して、裁判所は次のように判示した。すなわち、侵害行為によって被告の得た利益額は、無許諾で複製したプログラムの数に正規品一個当たりの小売価格を乗じた額であると解するのが相当である。これを超えると解するのは相当でなく、本件において、被告が違法複製品を使用した回数や期間を考慮するのは相当でない。したがって、原告らの受けた損害額は、被告の得た利益額と同額であると推定されるべきである。また、原告らの受けた損害額を許諾料相当額により算定すべきであるとした場合も、許諾料相当額はこれと同額であると解するのが相当であり、原告の正規品小売価格の2倍相当額を下らない旨の主張には理由がない。

他方、被告の主張に対して、裁判所は、原告らの受けた損害額は、被告が本件プログラムを違法に複製した時点で、既に確定しており、被告の正規品購入行為は、不法行為と別個に独立して評価されるべき利用者としての自由意思に基づく行動にすぎないのであって、これによって、既に確定的に発生した原告らの被告に対する損害賠償請求権が消滅すると解することは到底できないと判示して、これを退けた。

本件判決に対しては、著作権法第114条に基づいて損害額を認定する場

合は、適用されるべきなのは2項(現行著作権法第114条3項)であり、したがって、原告らが本来「著作権……の行使につき受けるべき金銭の額に相当する額」とは、正規品の小売価格ではなく、卸売価格であるという指摘もある⁷⁹⁾。

(iii) ゲームソフト海賊版事件 東京地裁平成14年10月31日判決⁸⁰⁾

本件は、パソコン用ゲームソフト(以下、本件ゲームソフト)に係るプログラムの著作権者である原告が、パソコン用ゲームソフトの販売店を営する被告に対して、著作権者の許諾を得ずに本件ゲームソフトをCD-Rに複製して、正規品より安価で販売したことにより本件ゲームソフトについて原告が有する著作権を侵害したとして、損害賠償を求めた事案である。

裁判所は、著作権法第114条1項(現行法同2項)の規定によれば、著作物を無断で複製した者が当該複製物を販売している場合における「利益」とは、侵害者が当該複製物の販売によって得た現実の利益、すなわち複製物の売上高から製造等に要した費用を控除した金額を意味するものである、と判示した。そして、本件において販売価格から控除すべき費用として、CD-R仕入れ価格、複製用機器の購入費用、複製の基となる正規品ゲームソフトの購入費用を挙げた。なお、人件費も本来控除すべき費用とされたが、本件では、被告が従業員を雇っていなかったので、控除すべき人件費は存在しなかったとされた。結局、被告がゲームソフトの違法複製販売により得た利益の額は、前記費用を控除した後のゲームソフト1本あたりの被告の利益額に実際に販売された数量を乗じて算定された。

本件判決は、「侵害者の得た利益」について、いわゆる「純利益」説に立ったものと思われる。

著作権等の行使につき受けるべき金銭の額

著作権法第114条3項の「受けるべき金銭の額に相当する額」とは、判例多数説によれば、「使用料相当額」を意味し、コンピュータ・ソフトウェアの場合には、権利者が直接顧客へパッケージソフトを販売する場合には、「小売価格」そのものを意味する。ただし、販売代理店などを通じ

た間接販売の場合は、「小売価格」よりむしろ「卸売価格」と考えるべきであるという意見もある⁸¹⁾。

(i) パソコンスクール違法複製事件 大阪地裁平成15年10月23日判決⁸²⁾

本件は、コンピュータ・プログラム(以下、本件プログラム)について著作権を有する原告らが、パソコンスクール及びその責任者を相手どり、著作権侵害などに基づく損害賠償を請求した事案である。被告会社による本件プログラムの複製数は、その保有するライセンス数をはるかに上回っていたことが裁判所によって認定された。

原告らは、著作権法第114条2項(現行法同3項)に基づき損害賠償を請求した。原告らは、(ア)プログラムの違法複製による被害の甚大性、(イ)被告会社の行為の高度の違法性、(ウ)正規品の事前購入者との均衡、(エ)社会ルールの要請を根拠に、原告らの「受けるべき金銭の額に相当する額」は、本件プログラムの正規品購入価格(標準小売価格)の2倍を下らない旨を主張した。他方、被告らは、原告らの「受けるべき金銭の額に相当する額」とは、卸売価格相当額である旨主張した。

これに対して、裁判所は、著作権法第114条2項(現行法同3項)にいう『受けるべき金銭の額に相当する額』は、侵害行為の対象となった著作物の性質、内容、価値、取引の実情のほか、侵害行為の性質、内容、侵害行為によって侵害者が得た利益、当事者の関係その他の訴訟当事者間の具体的な事情をも参酌して認定すべきものと解される。そして、本件に現れたこれらの事情を勘案すると、本件においては、原告らが請求できる『受けるべき金銭の額に相当する額』は、本件プログラムの正規品購入価格(標準小売価格)と同額であると認めるのが相当である」と判示した。また、原告らの主張に対しては、不法行為に基づく損害賠償制度は、被害者に生じた現実の損害を金銭的に評価し、加害者にこれを賠償させることにより、被害者が被った不利益を補填して、不法行為がなかったときの状態に回復させることを目的とするものであり、著作権法第114条2項(現行法同3項)の規定に基づいてその賠償を請求することも、基本的に不法

行為に基づく損害賠償制度の枠内にあるというべきとして、原告らの主張は採用することができないとした。他方、被告らの卸売価格相当額の主張については、違法行為を行った被告らとの関係で、適法な取引関係を前提とした場合の価格を基準としなければならない根拠を見出すことはできないとして、これを退けた。

(ii) NTT リース事件 東京地裁平成16年6月18日判決⁸³⁾

本件では、本件各プログラムを作成した原告が、被告らに対して、被告1は特定の者に対してのみ再使用許諾を出来るという条件で原告から本件プログラムの使用許諾を受けたにもかかわらず、原告に無断で被告2に使用許諾を行い、本件プログラムを使用させたとして、著作権(貸与権)侵害を理由とする損害賠償などを求めた。

判決は、被告らによる原告の貸与権侵害を認めた。貸与権侵害による損害額について、被告らは、リース料はリース契約から生じるものであって、リース物件の使用との対価関係に立つものではないから、リース料収入が著作権侵害行為によって得た利益ということはないと主張した。これに対して、裁判所は、原告と訴外第三者との間のリース契約におけるリース料は、本件各プログラムの使用権取得価格を前提にして各月の使用料相当額に見合った額として算定されていると認められるから、本件各プログラムの使用料相当額(著作権法第114条3項)の算定に当たって同リース料額を参酌することは妨げられないというべきであるとして、リース料額をもって貸与権侵害による損害額と認定した。

裁判所による相当な損害額の認定

日本著作権法第114条の5の立法趣旨は、権利者の立証負担の軽減にある。「損害が生じたことが認められる場合において、損害額を立証するために必要な事実を立証することが当該事実の性質上極めて困難であるとき」に限って、裁判所は口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき相当な損害額を認定することができるとされている。本条が適用されうる事例として、例えば、全国規模で海賊版ビデオが販売される場合、全国の販

売数を立証しようとする膨大なコストと時間がかかるので、本条の適用により、立証可能な地域での海賊版販売数をもとにして全国規模での相当な損害額を裁判所が認定できることとなる⁸⁴⁾。

(i) フォントプログラム違法複製事件 大阪地裁平成16年5月13日判決⁸⁵⁾

本件は、パソコン用フォントのプログラムの著作権を有する原告が、そのプログラムを違法に複製した被告らに対して、損害賠償などを求めた事案である。本件において、被告会社は、恒常的に、顧客に販売したパソコンのハードディスクに本件フォントプログラムの海賊版をインストールしたと推認された。しかし、インストールされた海賊版の数については、侵害があったとされる期間中に被告が販売したパソコンの台数は1272台に上り、販売先である顧客の数も相当多数に上るという事情に照らせば、被告会社がこのうち何台のハードディスクに本件フォントプログラムの海賊版をインストールしたか、またその際に何書体分をインストールしたかを厳密に立証することは事実上不可能であるため、合理的な推計によらざるを得ないと裁判所は判断した。上記台数及び書体数は、被告らの著作権侵害行為によって原告が被った損害額を立証するために必要な事実というべきであるから、裁判所は口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき相当な損害額を認定することができるものである、と著作権法第114条の5を適用する理由が述べられた。

具体的に相当な損害額を認定する際、裁判所は、侵害があったとされる期間以前における原告から被告会社への本件フォントプログラムのライセンス数の推移と、侵害があったとされる期間におけるライセンス数の推移とを比較して、少なくとも販売台数の4分の1のハードディスクに海賊版がインストールされたと推定した。また、インストールされた書体についても、被告会社が業務に使用しているパソコンのハードディスクにインストールされている書体の状況と、4顧客に販売したパソコンのハードディスクにインストールされた書体の状況とに照らして、被告会社は、顧客に販売したパソコンのハードディスクに本件フォントプログラムの海賊版を

通常23書体インストールしていたものと推定された。そして、海賊版一書体あたりの原告の逸失利益は、原告の平均販売価格からその製造原価を控除したものであるとされ、それに海賊版をインストールされた台数と書体数（23）を乗じて、原告の逸失利益が算定された。

（５）日本における損害賠償額の算定に関する検討

現行著作権法第114条 1 項は、民法709条の原則に則ったものと言える。前記マイコンテストボックス事件当時は、1 項の「譲渡数量×原告の利益率」という規定はなかったが、判決による損害額の算定方法は1 項に規定する方法と同一だったと言える。要するに、マイコンテストボックス事件の場合や、市場に第3者の代替製品が存在する場合には、第114条 1 項を適用する余地があると考えられる。

第114条 2 項は、原告の立証を容易にするため、被告の利益を原告の損害額と推定する。システムサイエンス事件では、従来の粗利益説、純利益説と異なる、いわゆる限界利益説が採用された。即ち、2 項にいう「利益」は「売上高から変動経費のみ控除した限界利益」と解された。この限界利益説は、特許や不正競争などに関する判決でも採用された。限界利益説に立つと、侵害者の費用の控除は、それが権利者にとって必要な費用であったかを判断基準として、控除を認めるか否かに依拠することになる。ユーザーによるパッケージソフトの違法複製利用の場合、侵害行為により侵害者が得た利益が、違法複製によって支出を免れたパッケージソフトの小売価格相当額であることは明らかである。権利者の損害という視点から考えると、権利者の損害額は、小売価格より低い卸売価格に相当する額と言えるが、2 項の推定規定は、侵害者の利益額を権利者の損害額と推定するので、侵害者の利益から出発して考えるのは、当然である。侵害者の利益が明らかではない場合は、限界利益を算定する必要がある。それは、権利者が被った損害から出発するものではない。その限界利益を認定する際、控除される侵害者の費用を認めるか否かはその費用が権利者にとって必要であるか否かが判断基準とされたにすぎない。

第114条3項は、権利の行使により権利者が受けるべき金銭の額、すなわち使用許諾料を損害の額とみなす規定である。これは、権利者が被った実際の損害の大きさを如何にかかわらず、権利が侵害された場合、社会的相場に従った金額を請求さえすれば無条件で侵害者に支払義務を負わせる法定規定である⁸⁶⁾。したがって、販売代理店を通じてパッケージソフトを販売している場合でも、権利者が被った実際の損害は卸売価格に相当するかもしれないが、3項を適用する場合はこれと関係なく、社会的な相場である小売価格に相当する損害の額が認められるのである。その意味で、民法709条における損害賠償額の算定原則を逸脱するものと言えるかもしれないが、まさに、この点にこそ、著作権侵害訴訟に特有の問題を解決するために民法第709条の特別規定として制定された著作権法第114条の存在意義が示されているとも言える。

ソフトウェアの開発コスト、複製の容易性、違法複製の発見の困難さなどを考慮すると、現行著作権法第114条の規定に基づく損害賠償は、著作権保護の観点からみてまだ不十分である。しかし、最高裁判決⁸⁷⁾によれば、不法行為に基づく損害賠償制度は、被害者に生じた現実の損害を金銭的に評価し、加害者にこれを賠償させることにより、被害者が被った不利益を補填して、不法行為がなかったときの状態に回復させることを目的とするものであり、加害者に対する制裁や、将来における同様の行為の抑制、すなわち一般予防を目的とするものではない。加害者に対して損害賠償義務を課することによって、結果的に加害者に対する制裁ないし一般予防の効果を生ずることがあるとしても、それは被害者が被った不利益を回復するために加害者に対して損害賠償義務を負わせたことの反射的、副次的な効果にすぎない。著作権法第114条は、著作権侵害に特有の性質に鑑み、損害賠償請求に関する民法の特別規定として設けられているとはいえ、上記不法行為に基づく損害賠償制度の目的を逸脱するものではない。懲罰的損害賠償を認めない現行法の下では、第114条の解釈の余地は自ずと限られてくると思われる。

中国のコンピュータ・ソフトウェア保護に関する実務の動向(4・完)(呉)

- 1) 行政による救済に関して「実務動向(1)」立命館法学第291号284頁以下を参照されたい。
- 2) 乾昭三「民事責任 日本法と中国法の比較法的検討」王家福等編著『現代中国民法論』(法律出版社1991年)151頁。
- 3) 楊立新『侵權法論(第二版)』(人民法院出版社2003年)142頁。
- 4) この点に関して、乾昭三・前掲論文146頁において、以下のように述べられている。「民事責任の負担する方式は、最初に侵害の停止をあげる(134条1項1号)。このことは差止請求が認められていることである。素直に考えると、悪いことをした場合、叱られると、まずその行為を中止し、その上で損害があれば弁償する運びとなろう。中国民法は、この事実を率直に承認している。わが国の公害裁判にほとんど常にみられる損害賠償請求は承認するが、差止請求は否定するというパターンは、公共性が絡んでいるとはいえ、本末転倒しているのではないだろうか。」
- 5) 中国ソフトウェア保護条例第30条「ソフトウェアの複製物の所持者は、当該ソフトウェアが権利侵害複製物であることを知らず、かつ、これを知るべき合理的な理由がない場合には、賠償責任を負わない。但し、その使用を停止し、かつ、当該権利侵害複製物を廃棄しなければならない。当該権利侵害複製物の使用停止及び廃棄により複製物の使用者に重大な損失をもたらす場合には、複製物の使用者は、ソフトウェアの著作権者に合理的費用を支払った後、引き続き使用することができる。」
- 6) 最高人民法院による法釈(2002)31号「著作権民事紛争事件の審理に関する法律適用の若干の問題についての解釈」の第20条3項「出版者が合理的注意義務を果し、かつ、出版者がその出版にかかわる権利侵害を知るべきであることを証明する証拠を著作権者が有していない場合は、民法通則第117条1項の規定に基づいて、出版者は権利侵害の停止、不法利得の返還の民事責任を負う。」
- 7) 1988年4月2日法(辦)発 1988 6号「中華人民共和國民法通則を貫徹執行するための若干の問題についての最高人民法院の意見(試行)」第148条「他人を教唆して不法行為を行わせ、あるいは他人が不法行為をなすのを幫助した者は、共同不法行為者として、連帯して民事責任を負わなければならない。民事行為能力なき者を教唆して不法行為を行わせ、あるいは民事行為能力なき者が不法行為をなすのを幫助した者は、不法行為者として民事責任を負わなければならない。制限的民事行為能力者を教唆して不法行為を行わせ、あるいは制限的民事行為能力者が不法行為をなすのを幫助した者は、共同不法行為者として主要な民事責任を負わなければならない。」
- 8) 最高人民法院法釈[2004]1号第4条,第5条。
- 9) 最高人民法院民事審判第三庭編『知識産權審判指導与参考 第8卷』(法律出版社2004年)156頁。
原審判決北京市第二中级人民法院(2001)二中知初字第223号。
- 10) なお、原審判決時に前掲注5に引用した法釈(2002)31号及び改正著作権法はすでに施行されており、特に改正著作権法第52条には、以下のような規定が設けられている。「その出版、制作について合法的に授權されていることを証明できない複製物の出版者、製作者、あるいはその発行、貸与する複製物の合法的な入手先を証明できない複製物の発行者、

あるいは映画の著作物、映画の制作に類似する方式により創作された著作物、コンピュータ・ソフトウェア、録音録画製品の複製の貸与者は、法律責任を負わなければならない。原審裁判所は、Y₃が出版物の合法的な入手先を証明する証拠として提出した入手先との契約書、及び入手先により発行された納品証明書に基づいて Y₃には主観的過失がないとして賠償責任を負わないと判示した。裁判所のこの判断は、法釈(2002)31号の第20条3項や改正著作権法第52条の考え方と相通じるところがある。

- 11) 北京市第二中級人民法院副裁判長邵明艶女史への電話インタビューによる。
- 12) 加戸守行『著作権法逐条講義(四訂新版)』(著作権情報センター 2003年)645頁。
- 13) 東京地裁平成9年9月5日判決。
- 14) 判決日:2003年6月20日。北京法院網 <http://bigy.chinacourt.org/pubic.detail.php?id=5544>
- 15) 判決日:2000年12月19日 中国知識産権司法保護 (<http://www.chinaiprlaw.com/wsjsx/wsxd25.htm>)
- 16) 王利明主編『民法・侵權行為法』(中国人民大学出版社1994年)84頁。
- 17) 旧著作権法実施条例の第36条は、「著作権法と本実施条例にいう著作権関連權益とは、出版者その出版する図書及び新聞雑誌に対して享有する權利、実演者その実演に対して享有する權利、録音録画製作者その制作する録音録画製品に対して享有する權利、ラジオ及びテレビ放送局その制作するラジオ、テレビ番組に対して享有する權利をいう」と定めていた。著作権法改正後、2002年9月15日より施行された新実施条例では、出版者の權利は、「その出版する図書と雑誌の版式デザイン」に対するものであって、ラジオ・テレビ局の權利は、「制作」ではなく、その「放送」する番組に対する權利を指す、と改められた。
- 18) 本件担当裁判官の1人である邵明艶女史から直接に伺った話による。
- 19) 2003年12月23日最高人民法院審判委員會第1302期會議の決定に従って改正され、法釈(2004)1号として2004年1月7日より施行された。なお、第4条、第5条の内容は改正前と同じである。
- 20) 2001年4月27日北京市第二中級人民法院(2001)二中知初字第13号民事判決 中国知識産権司法保護 (<http://www.chinaiprlaw.com/wsjsx/wsxd42.htm>)
- 21) 前掲注7を参照。
- 22) 大阪弁護士会知的財産法実務研究会『デジタルコンテンツ法(上巻)』(商事法務2004年)121頁。
- 23) 東京地裁平成15年12月17日判決 判時1854号36頁。
- 24) 東京地裁平成16年3月11日判決。
- 25) 『全国律師資格考試復習指南(上)』(中国政法大学出版社1997)344頁。
- 26) 王利明主編『民法・侵權行為法』(中国人民大学出版社1994年)166頁。
- 27) 張広良『知識産権侵權民事救済』(法律出版社2003年)103頁。
- 28) 北京市第一中級人民法院2003年7月28日(2002)一中民初字第5070号民事判決書。
- 29) 加戸守行・前掲注12 633頁以下参照。
- 30) 著作権法第113条に規定する、侵害とみなす行為も一種の間接侵害と考えられるが、明文の規定により著作権侵害とされたため、それらの行為者はここにいう「間接侵害者」に

含まないこととする。

- 31) 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(下)」NBL 751号(2002年12月)45頁では、「112条1項の『侵害する者又は侵害するおそれがある者』とは直接侵害者をいい、直接侵害者について差止請求権を認めたものであると、その首肯すべき根拠は必ずしも明らかにされていないものの一般にはみられているようである」とされている。作花文雄『詳解著作権法(第3版)』(ぎょうせい2004年)803頁では、「条文中、著作権等を『侵害する者又は侵害するおそれがある者』に対して侵害の停止又は予防を請求できるとされているところから、直接加害者(侵害者)に対してのみ差止請求できるのであり、教唆・帮助タイプの侵害者に対しては差止請求できないとの見解もみられる。この見解の解釈論の視点及び不法行為法と著作権法の適用関係の理解がいかなる前提に立つものであるのか不明であるが、(また、当該条文中の文理解からストレートに直接的加害者に対象を限定しているとも思われぬが)、直接的な侵害行為をしていない者に対して(……)差止めという強力な権利行使を認めるべきでないとの所見に立つものとすれば、必ずしも妥当なものとは思われぬ。」
- 32) 最3小判昭和63年3月15日 判時1270号34頁。評釈等として、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6月)26頁。
- 33) 本判決の伊藤正己裁判官の少数意見は、従業員のみによる歌唱の場合、又は従業員が客とともに歌唱する場合には、音楽著作物の利用主体はスナック経営者であると解することができるとしても、客のみによる歌唱をも店舗経営者による歌唱と同視するという多数意見の解釈は擬制的にすぎ、相当ではないとする。そして、カラオケ演奏については、カラオケ伴奏による歌唱という側面ではなく、カラオケ装置によるカラオケテープの再生自体を演奏権の侵害と捉えるべきであるとする。同様の見解として、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6月)26頁。
- 34) クラブ・キャッツアイ事件最高裁判決は、名古屋高決昭和35年4月27日中部観光事件など、それまでの下級審判決の流れを是認するものであった。その後の同趣旨の裁判例として、高松地判平成3年1月29日まはらじゃ事件(判タ753号217頁)、後述のスナック魅留来事件大阪地判、大阪高判(控訴審)、東京地判平成10年8月27日ビッグエコノミー事件(判タ984号259頁)同事件控訴審東京高判平成11年7月13日(判時1696号137頁)などがある。
- 35) 東京地判平成15年1月29日中間判決 判時1810号29頁。同判決、東京地判平成15年12月17日 判時1845号36頁。同事件の仮処分決定、東京地決平成14年4月11日 判時1780号25頁。同仮処分決定の評釈として、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)」NBL 750号(2002年12月)18頁、同(下)NBL 751号45頁。判例紹介、作花文雄「『ファイル交換ソフト・ファイルログ』仮処分事件」コピーライト2002年10月34頁。
- 36) 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(下)」NBL 751号(2002年12月)47頁～49頁。
- 37) 上野達弘「プロバイダーの責任 プロバイダーに対する差止を中心に」著作権研究 No. 28(2001年)89頁。
- 38) 大阪地判平成6年3月17日 判時1516号116頁、控訴審大阪高判平成9年2月27日 判

時1624号131頁。

- 39) 東京地判平成12年5月16日 判時1751号149頁。
- 40) 文化審議会著作権分科会司法救済制度小委員会(第5回)議事要旨(平成15年9月29日)
- 41) 作花文雄「民法法理と著作権制度の体系及び構造」コピライト2002年12月16頁。
- 42) 大阪地判平成15年2月13日 判例時報1842号120頁。
- 43) 最高裁昭和63年3月15日判決「クラブ・キャッツアイ」事件 最高裁平成13年3月2日判決「ビデオメイツ」事件。
- 44) 作花文雄「通信カラオケリース業者著作権侵害差止請求事件」コピライト2003年5月号40頁。
- 45) 高部真規子「カラオケリース業者に使用禁止措置を命じた裁判例をめぐって」A.I.P.P. I (2004) Vol. 49 No. 4 2頁。
- 46) 東京地裁平成16年3月11日判決。
- 47) 本件判決を批判する意見によると、著作権侵害の教唆・帮助行為に対する差止請求を、一律に肯定ないし否定することは妥当ではなく、具体的事案に応じた差止めの「必要性」が判断されなければならない。例えば、当該教唆・帮助行為を差し止めても、直接侵害行為を停止させる実効性がなければ、差し止めの「必要性」は認められない。教唆・帮助が物理的支援行為を含む場合は、少なくとも、当該物理的支援行為が直接侵害行為のために必要な要素を成しているときには、「必要性」を認めることができる、という考えに基づいて、本件の差止請求を認めるべきである。山本隆司『「2ちゃんねる」著作権侵害差止等請求事件」コピライト2004年8月号20頁。
- 48) 王利明主編『民法・侵權行為法』(中国人民大学出版社1994年)165頁。これに反対する説もある。蔣志培「我国立法和司法確認的知識產權請求權」『知識產權審判指導与參考第1卷』(法律出版社2000年)149頁。
- 49) 蔣志培「与貿易有関的知識產權協儀(TRIPS)要求的侵犯著作権損害賠償機制」著作權 Vol. 42(2000年12月)16頁。
- 50) 楊立新『侵權法論(第2版)』(人民法院出版社 2004年)572頁。
損害賠償には、損失補填のほかに、不法行為に制裁を加えるという役割と、被害者を慰撫するという役割もあるが、このような役割は根本的な目的ではないとされる。
- 51) 国権[1998]14号。
- 52) ここにいう「不法経営額」は、違法行為によって侵害者が得た収入といった意味で用いられている。筆者の知る限り、「不法経営額」という表現は、国権[1998]14号においてのみ用いられており、一般的には、「違法所得」の概念が用いられている。
- 53) 前記注51を参照。
- 54) この司法解釈は、2003年12月23日に最高人民法院審判委員会第1302回会議において改正され、現在法釈[2004]1号とされている。
- 55) 著作権政策研究会『著作権法損害賠償規定改正等の提言』(1998年11月 社団法人著作権情報センター)3頁。
- 56) これに伴い、平成15年改正前の第114条1項~3項は、それぞれ繰り下げられ、現行第

中国のコンピュータ・ソフトウェア保護に関する実務の動向(4・完)(呉)

114条2項～4項となった。

- 57) これにより、平成15年改正前の第114条の2～第114条の4は、それぞれ現行第114条の3～第114条の5となった。
- 58) 中国では、著作権法第48条2項に基づき裁判所が具体的な侵害行為に応じて賠償額を認定することを、通常「法定賠償」と呼んでいる。
- 59) 2000年8月7日から11日まで中国最高人民法院民事審判第3庭と中国知識産権研究会と共同で開催された著作権侵害損害賠償問題シンポジウム(中国知識産権司法保護 <http://www.chinaiprlaw.cn/file/200010151038.html>)の議事録による。著作権侵害における権利者の直接損失に、現有財産の減少と得べかりし利益の喪失との両方が含まれるとすする説明も見られる。この見解によると、間接損失とは、侵害行為の調査、弁護士費用などの支出である。
- 60) 旧著作権法及び旧ソフトウェア保護条例では、著作権侵害の場合は損害賠償責任を負うという原則規定のみ設けられていた。1990年代後半までは、著作権に関わる問題について中国版權局による解釈が行われる場合が多かったが、著作権侵害事件における損害賠償額の算定に関しては、1994年12月2日權弁字(1994)64号『『写真等美術作品著作権侵害における賠償額をどのように算定するかについての問い合わせ』に対する回答』という書簡の中で、「著作権者が侵害行為によって被った実際の損失、または侵害者の違法所得の全部を賠償の根拠とする。ここにいう実際の損失には、著作権者が侵害行為を調査、阻止するために支出した合理的な費用を含む」との見解がすでに示されていた。
- 61) 中国現行会計制度において、企業はその業界の特徴に基づいて相応の収入、原価及び税金の勘定科目を設置できる。「製品売上税金及び附加」は、企業の製品販売や労務提供など主要業務について負担する各種の税金及び附加を指す。具体的には、消費税、營業稅、資源稅、都市維持建設稅、教育費附加が含まれる。
- 62) 「最高人民法院關於全国部分法院知識産権審判工作座談會紀要」『著作権法配套規定』(中国法制出版社2004年)37頁以下。
- 63) 前掲注50参照。2000年8月7日から11日まで中国最高人民法院民事審判第3庭と中国知識産権研究会と共同開催の著作権侵害損害賠償問題シンポジウムの議事録による。
- 64) それぞれの取引先との関係に応じて設定された価格である。
- 65) 拳証責任について、中国現行民事訴訟法第64条1項は、「当事者は自己の主張に対して証拠を提出する責任を有する。」2項は、「当事者及びその訴訟代理人が客觀的原因により自ら収集できない証拠、或いは人民法院が事件の審理に必要と認める証拠について、人民法院が調査収集する。」と定めている。他に2002年4月1日から施行された最高人民法院民事訴訟証拠についての司法解釈などがあるが、拳証責任が果せなかった場合に、どのような法律効果が生じるかは不明確である。また、従来の職権探知主義の影響もあって、当事者の証拠及び訴訟リスクに対する意識が欠如している。審理において、口頭弁論が事実の認定と整理を中心に展開されて、事実に基づく推理や法律の適用をめぐる解釈論的対立はあまりないため、判決理由が明らかにされていない判決が多い。「原告が求める損害賠償額は証拠不十分である。本裁判所は、被告の権利侵害の情状に基づいて法に従って賠償額を認定する」というような記述が最も多い。北京市海澱区人民法院1993年2月23日判決

と1993年12月15日判決のような賠償額の算定方法を明らかにした判決は稀である。

- 66) 宋魚水「論著作権法的全部賠償原則」(『知識産権訴訟研究』北京市高级人民法院民三庭編, 知識産権出版社2004) 295頁以下参照。
- 67) 最高裁 HP (<http://courtdomino2.courts.go.jp/chizai.nsf/Listview01/104394EOED88AD9949256>) アクセス日2004年 6 月 2 日。
- 68) 判例タイムズ1104号第209頁。
- 69) 前掲注68 第213-214頁。
- 70) 田村善之『著作権法概説(第2版)』(有斐閣2001年) 第325頁, 作花文雄『詳解著作権法(第3版)』(ぎょうせい2004年) 第480-490頁。
- 71) 田村善之『知的財産権と損害賠償(新版)』(弘文堂2004年) 第236頁によれば, 畑郁夫氏が『判例特許侵害法(馬瀬文夫先生古稀記念)』においてこのように主張したとされる。
- 72) 判例時報1156号第136頁。
- 73) 会計上における限界利益の意味を正確に理解するために, 関連する会計概念を整理しておきたい。

製造原価とは, 製品の製造にかかった費用のことをいう。製造原価を正確に算定するために, 必要に応じて製造原価を分類する。例えば, 生産設備の利用度との関連で, 短期利益計画のために製造原価を変動費(例, 直接材料費, 直接労務費など)と固定費(例: 減価償却費, 火災保険料など)に分類する。製造原価に販売費, 一般管理費を加えたものを総原価という。原価計算は製品の生産形態の違いに基づき何種類かに分類できる。そのうち, 全部原価計算と直接原価計算は, 製造原価の範囲の違いによる分類である。直接原価計算とは, 総原価を変動費と固定費に分解し, 売上高からまず変動費を差し引いて, 貢献利益, すなわち限界利益を算出する。そこからさらに固定費を差し引いて営業利益を計算する方法である。直接原価計算の最も重要な目的は, 利益計画である。目標の利益を達成するために売上高をいくらに設定するのか, 製造原価はいくらに抑えればよいのかにかかわる。

- 74) 田村善之・前掲注71第237頁。
中山信弘『工業所有権法 上特許法(第2版増補版)』(弘文堂2003年) 第345頁, 特許法第102条2項の「利益とは純利益を指すのか粗利益を指すのか, という点につき議論がある。多数説は, 二項は現実に被った損害を賠償せしめる制度であるから, これを純利益と解しているようであるが, 原則として粗利益と解した上で, 現実には何を利益から控除するのか, という点を問題とすべきであろう。そうでなければ, 純利益を証明できないために, 利益額の立証がないとして二項の適用が否定されることが多くなり, 推定規定を設けた意義が没却されてしまうであろう。権利者の失ったものは限界利益とでもいうべきものであり, 原則として開発投資や一般管理費などの控除を認めるべきではない。つまり, 権利者としては, 開発費等はすでに投下してしまったサンクコストであり, それらをすべて加えた平均利益が問題なのではなく, それらの投資を前提としてこれから得る利益が問題なのである」。
- 75) 判例時報1560号第24頁。
- 76) 前掲注75 第59頁。

- 77) 前掲注75 第59頁。
- 78) 判例時報1749号第19頁。
- 79) 加藤雅信「知的所有権侵害と規範的損害論 コンピュータ・プログラムの違法コピー事件を契機として」判例タイムズ No. 1074 第74頁。
- 80) TKC 法律情報データベース 文献番号28080171。
- 81) 牧野和夫「日本著作権法における損害賠償制度の妥当性について コンピュータソフトウェアの著作権侵害に焦点を当ててアメリカの制度との比較を中心に」国士館法学第31号（1999.12）第136頁。
- 82) 判例時報1883号104頁。
- 83) 判例時報1881号第101頁。
- 84) 加戸守行・前掲注12 第673頁。
- 85) TKC 法律情報データベース 文献番号28091569。
- 86) 加戸守行・前掲注12第664頁。
- 87) 最高裁平成9年7月11日判決。

おわりに

本稿での検討が示すように、中国におけるコンピュータ・ソフトウェアの保護に関する著作権法、ソフトウェア保護条例の実体法上の諸規定、司法解釈の多くは、欧米諸国や日本の法律を参考にして制定されたものである。したがって、実体法上のルールそれ自体にはそれほど相違がない。しかし、法の運用体制については中国特有の事情により未解決の課題が残っている。しかも、その多くは著作権法または知的財産法の領域に特有の問題ではなく、中国の社会体制、裁判制度に係る問題である。最後に、この点に触れて論文のむすびとする。

まず、法律規定の内容が曖昧で、厳格な概念をもって細部まで決められていない。条文数だけみても日本著作権法は、124条まであり、実質的に170ヶ条以上もあるのに対して、中国著作権法は、わずか55ヶ条しかない。その中で、著作権の使用許諾及び譲渡契約の内容や、ライセンス料の支払など、本来契約法の領域に属する内容まで網羅している一方で、著作権法に用いられる概念の定義規定がない。定義及び用語の解説は、中国著作権法実施条例という行政法規に委ねられた。コンピュータ・プログラムにつ

いても、プログラムを特定対象とする日本著作権法におけるような条文を設けず、国務院により制定されたソフトウェア保護条例によりコンピュータ・ソフトウェアの保護のあり方を具体的に規定する。2001年の著作権法改正で新設されたインターネット伝達権についても、プログラムと同様、インターネット伝達権保護条例が制定される予定である¹⁾。しかし、これらの条例の内容の大半は、著作権法や司法解釈などの関連規定の繰り返し、あるいは関連規定のまとめにすぎない。このように、基礎となる中国著作権法の規定は曖昧かつ抽象的であり、それに基づく条例が乱立するという構図が目立つ。

次に、著作権侵害訴訟、とりわけソフトウェア著作権侵害訴訟に関する運用上の問題は、2つに大別できる。1つは、法解釈にかかわる問題である。もう1つは、当事者の立証主張にかかわる問題である。

法解釈の問題については、上に指摘したように、中国著作権法及び関連規定は抽象的で厳密性に欠けるのが実情であって、解釈に頼らなければならない部分が大きい。それにもかかわらず、事件担当の裁判官には法解釈を行う権限がない。そのため、一部の裁判官は「法律の運用」の名の下で事実上裁量権を行使する。その結果、判決主文の妥当性は別として、裁判官の具体的判断を導く基準や推論がはっきりしない。このような「運用」は「濫用」になりかねない。もちろん、中国の現時点での裁判官の資質に照らして、法解釈の権限を与えないことに全く根拠がないわけではない。しかし、最高人民法院による司法解釈も、法律規定と同じく条文を並べるだけで、どのような議論を経てそのように解釈されたかは殆ど公表されない。このような現状では、裁判官の具体的判断は、機械的なものになるか、さもなければ恣意的なものになりやすい。法解釈及び運用のあり方は、社会体制に関係するので、簡単に解決できるとは考えられないが、法治主義の理念、知的財産に対する理解を深めることや、具体的な法律規定上の問題を解決するための学説の展開などに積極的に取り組むべきであると考え

当事者の立証主張に関する問題は、中国の民事訴訟制度上の問題として捉えることができる。日本の民事訴訟は当事者主義によるが、中国の現行民事訴訟は職権主義によるというのが通説である²⁾。1980年代末に裁判の公開、当事者拳証責任の強化及び合議廷職責の改善を唱えた司法改革が始まって以降、中国の民事訴訟において当事者主義の要素は増大してきた。しかし、1991年に成立した中国民事訴訟法は、その後改正されておらず、裁判改革に対応できていない部分が露呈している。その一例として、証拠に関する規定は極めて原則的で、拳証責任の内容、効果を明確化せず、当事者はどの事実について拳証責任を負うか、それを果せなかった場合に、どのような結果になるか、明らかにされていない。そのため、当事者の証拠に対する意識や訴訟リスクに対する認識が乏しい。また、弁護士の弁護活動も中国の裁判の性格を反映して、法解釈論や積極的な証拠収集が見受けられない。2001年12月に最高人民法院は「民事訴訟における証拠についての若干規定」を公表し、現行民事訴訟法における証拠規定について具体的な解釈が示された。これは実務上の問題解決に有益であった。しかし、司法解釈という形式に内在する限界があって、現存の問題を根本的に解決することはできない。例えば、最高人民法院の「証拠規定」第32条は、「被告は答弁期間が満了する前に答弁書を提出し、原告の訴訟上の請求及び根拠となっている事実及び理由に対して意見を明らかにしなければならない」としているが、中国民事訴訟法第113条2項は、「被告が答弁書を提出しない場合も、人民法院の審理に影響を及ぼさない」と規定している。答弁しない被告に対してどう処置するかという問題は、司法解釈では解決できない。

中国の法学者は、公正効率的な司法の実現と司法の独立を司法改革の目的と位置づけている。改革目標の実現は容易ではないかもしれないが、その成果も少しずつ現れている。中国の市場経済の発展と世界のグローバル化に伴い、知的財産をはじめとしてより望ましい法環境が形成されていくことを期待したい。

最後に、ソフトウェアの法的保護に関しては、中国でもソフトウェア特許が認められており、日本におけるのと同様に、著作権保護と特許保護との交錯に伴う諸論点の解明が求められている。本稿では、この点に触れていないが、今後の課題としたい。

- 1) 「インターネット伝達権保護条例」の草案は、2005年9月8日に公開された。内容は、主に技術的保護手段、権利管理情報、権利制限、プロバイダー責任に関係する。
- 2) 王国征主編『民事訴訟法学』(北京大学出版社2002年)第30頁。