

日本著作权间接侵害的典型 案例、学说及其评析

李 扬

摘 要 在日本，主要通过卡拉 OK 法理和帮助侵权法理解决著作权间接侵害问题。卡拉 OK 法理存在过分扩张著作权侵权责任主体和司法权限、混淆作品的利用和著作权侵害之间界限等弊病，帮助侵权法理则存在脱离共同侵权形态、完全独立化的倾向，这种弊端和倾向不利于技术和产业的发达以及公众接触、利用信息的自由。对我国而言，日本解决著作权间接侵害法理的意义在于：方法论上应该区分立法论和解释论、职能上应该区分立法和司法的不能功能、在认定工具等提供者的注意义务或者支持原告停止侵害请求权时都应该慎重。

关键词 著作权 间接侵害 卡拉 OK 法理 帮助侵权法理 复制补偿金

作者李扬，法学博士，华中科技大学法学院教授。

著作权间接侵害，是指为直接利用著作权行为提供场所、工具、服务、系统的行为人（以下简称场所等提供者）对著作权构成的侵害。著作权间接侵害由于涉及著作权人、产业界、公众三者的利益，因此自上个世纪 80 年代以来，一直是日本著作权法领域中一个争论异常激烈的问题。在我国著作权间接侵害问题越来越突出的背景下，研究、总结、检讨邻国日本在这个问题上的做法，非常有必要。本文以日本著作权间接侵害的几个典型案例为基础，总结和归纳日本学界关于这个问题的见解，最后对这些学说进行评析，并探讨如何解决著作权间接侵害问题。

一、典型案例介绍

以下是自上个世纪 80 年代直到 2009 年 1 月发生的、被日本知识产权法学者乃至民法学者反复研讨的有关著作权间接侵害的几个典型案例。

（一）猫眼俱乐部案（クラブキャッツアイ）^①

该案原告是日本音乐著作权管理协会，被告是卡拉 OK 经营者猫眼俱乐部，简要案情如下：被告在店内设置卡拉 OK 装置，在没有经过原告许可的情况下，为来店顾客提供由该团体所管理歌曲的卡拉 OK 伴奏磁带，供来店顾客在其他来店顾客面前演唱。在此过程中，被告准备了卡拉 OK 磁带和选歌单，被告营业员具体操作了卡拉 OK 装置，并且有时还和客人一起演唱。原告以被告行为侵害其管理歌曲的演奏权为由，起诉到福冈地方裁判所，要求被告停止侵害行为，并赔偿损失。一

^① 福冈地方裁判所昭和 55 年（ワ）第 847 号事件。福冈高等裁判所 58 年（ネ）第 329 号事件。日本最高裁昭和 59 年（オ）第 1204 号事件。

审判决(1982年8月31日)以演奏行为主体属于卡拉OK店、并且属于在公众面前演奏为由支持了原告的诉讼请求。被告不服,上诉到福岡高等裁判所。福岡高等裁判所以同样理由维持了原判决结论(1984年7月5日)。被告仍然不服,上告到日本最高裁判所。日本最高裁判所仍然支持了二审判决。其理由是:顾客、陪歌服务员的演唱以相当于公众的其他顾客直接听到为目的。即便只是在顾客自己演唱的情况下,也并非和经营者毫无关系,顾客的演唱是在店内服务员的劝诱下,在其所准备的卡拉OK曲目范围内选择曲目,通过服务员对卡拉OK装置进行操作,在经营者的管理之下进行的。另一方面,经营者将顾客的演唱作为营业的一种手段,以此酿造出一种氛围,招徕喜欢此种氛围的顾客光顾,从而提高了营业利益。因此,顾客的歌唱行为从著作权法的角度来看,应当作为卡拉OK经营者的歌唱行为。

(二) 晚吧 G7 案 (ナイトパブ G7)^②

本案原告是日本著作权管理协会,被告之一是向经营卡拉OK店的同案被告出租卡拉装置的ビデオメイト有限责任公司。简要案情如下:被告主要在茨城县南部出租和销售卡拉OK装置。1991年,被告与经营卡拉OK店的同案被告豊島秀夫、豊島美津枝签订了卡拉OK装置出租合同。在签订出租合同和交付卡拉OK装置时,被告口头提示过豊島秀夫、豊島美津枝使用卡拉OK装置要和本案原告签订著作权使用许可合同,但并未进一步确认两人是否真正和本案原告签订了或者向原告申请过签订著作权使用许可合同。由于原告发现1999年3月与其签订卡拉OK音乐作品使用许可合同的卡拉OK店比例在全日本只有60.4%,而在本案所涉茨城县仅有52%,原告认为这与卡拉OK出租业者出租卡拉OK装置有关,于是以侵害著作权为由,向水户地方裁判所提起诉讼,要求被告停止侵害和赔偿损失。被告认为,自己在和各个卡拉OK经营店签订卡拉OK装置出租合同时,已经用口头或者书面方式提醒对方使用该装置之前要获得原告的著作权使用许可,已经尽到了合理的注意义务,除此之外不应当承担更高的注意义务。

一审水户地方裁判所和二审东京高等裁判所认为,作为卡拉OK装置的出租业者,只有在得知卡拉OK经营店没有获得原告著作权使用许可这个事实之后继续出租的行为,才违反了注意义务,在这之前,不能认为其存在可以怀疑卡拉OK店没有和原告缔结著作权使用许可合同可能性的特别因素,因而判决卡拉OK出租业者与卡拉OK经营店构成共同侵权行为,应该承担得知卡拉OK经营店没有获得原告著作权使用许可这个事实之后继续出租卡拉OK装置的损害赔偿责任。

日本最高裁判所虽然也认为卡拉OK装置出租业者构成共同侵权行为,但其理由是认为卡拉OK装置出租业者在向卡拉OK经营店交付装置时,不仅仅应该承担提示义务,而且应当承担确认卡拉OK经营店是否和原告缔结或者申请缔结著作权使用许可合同的义务。日本最高裁判所主要考量了以下几个因素。1. 卡拉OK装置的危险性。通过卡拉OK装置播放的音乐作品大部分都是著作权的保护对象,在没有征得著作权人许可的情况下,这种装置是一种产生著作权侵害可能性非常高的装置。2. 被侵害利益的重大性。著作权侵害是一种触犯刑法的犯罪行为。3. 卡拉OK出租业者的社会地位。卡拉OK出租业者通过出租这种侵权可能性非常高的装置获取营业上的利益。4. 预见可能性。卡拉OK经营店和著作权人缔结著作权使用许可合同的比例非常之低是一个公知的事实,作为卡拉OK装置出租业者,应该预见到只要没有确定卡拉OK经营店和著作权人缔结或者申请缔结使用许可合同的事实,就会产生侵害著作权的可能性。5. 结果回避可能性。卡拉OK装置出租业者,在非常容易确定卡拉OK经营店是否和著作权人缔结了或者申请缔结了著作权使用许可合同的

^② 水户地方裁判所平成9年(ワ)第106号事件。东京高等裁判所平成11年(ネ)第2788号事件。日本最高裁判平成12年(受)第222号事件。

情况下，可以采取回避著作权侵害的行为。

（三）通信卡拉 OK 案（ヒットワン）^③

本案原告是日本音乐著作权管理协会，被告是ヒットワン株式会社，简要案情如下：从事通信卡拉 OK 装置出租和销售业务的被告未经原告许可，向 93 家社交饮食店出租通信卡拉 OK 装置。该装置不但储存了大量卡拉 OK 音乐作品，而且被告在向 93 家社交饮食店交付通信卡拉 OK 装置后，仍通过通信线路向这些店铺提供新的歌曲数据，供其使用和储存。被告提供的通信卡拉 OK 装置还有一个特别功能，即如果这些店铺不按照合约缴费的话，被告只要输入一定的信号，这些店铺就无法再使用储存在卡拉 OK 装置里的音乐作品。原告以被告侵害其管理音乐作品的演奏权和上映权为由，起诉至大阪地方裁判所，要求被告采取措施，不再让这些店铺播放其管理的音乐作品。

大阪地方裁判所判决支持了原告的诉讼请求。其主要理由如下：1. 被告向演奏、上映原告管理音乐作品的各个社交饮食店提供了必不可少的卡拉 OK 装置。2. 被告在向各个社交饮食店出租卡拉 OK 装置时，没有尽到确认这些店铺是否与著作权人缔结使用许可合同的义务，而且在得知各个店铺构成侵权后，没有促使其获得著作权人许可，也没有解除出租合同或者采取措施停止卡拉 OK 装置的使用。3. 被告完全可以控制卡拉 OK 装置的使用。4. 被告获得的出租费与各个店铺演奏、上映原告的音乐作品关系十分密切。据此，大阪地方裁判所认为，被告的帮助行为与各个店铺的著作权侵害行为关系密切，其有义务终止该帮助行为。在其中止帮助行为能够制止著作权侵害行为而不中止的情况下，可以类推解释为侵害著作权的主体，构成日本著作权法第 112 条第 1 款所说的“侵害著作权者或者有可能侵害者”，原告可以对其提出差止请求（差止的具体内容为：被告采取措施，不再让 93 家店铺播放卡拉 OK 乐曲）。

（四）選擇見録案（よりどりみどり）^④

本案原告是毎日放送、朝日放送等 5 家电视台，被告是クロムサイズ株式会社。简要案情如下：被告生产、销售一种面向集体宿舍的电视节目录制装置，该装置通过天线接收电视台信号，应用户的预约请求录制并保存一周的电视节目，并根据用户的预约收看请求发送给各个用户观看。本案中，被告将此种电视节目录制装置销售给集体宿舍的建设或者销售者后，将其安放在集体宿舍的管理人员办公室内，并在各个用户家里安装了与电视机相连的配套收视器，配备了遥控器，在管理人员办公室安装了服务器，通过该服务器，该电视节目录制装置和用户家里的收视器、被告的计算机组成了一个可以工作的联网系统。具体工作原理和过程如下：用户通过联网收视器发出录制预约指令，录制装置自动录制，录制完毕后应用户的收看请求指令自动将录制好的电视节目发送给用户，录制装置一旦发生故障，被告立即知晓，从而及时进行维护。为此，每个用户每月需要支付给被告 1200 - 1400 日元的维护费用。原告毎日放送等 5 家电视台以著作权和著作邻接权侵害为由，起诉到大阪地方裁判所，请求被告停止销售电视节目录制装置并废弃已经生产的装置。

大阪地方裁判所认为，由于用户预约的节目可以供其他用户或者后来入住的用户选择观看，因此个别用户的复制不构成私人复制。被告生产、销售电视节目装置的行为虽然没有构成直接侵害著作邻接权的行为，但该种行为几乎必然导致侵害著作邻接权的发生，在用户直接侵害行为很难排斥、预防的情况下，即便电视节目复制装置生产、销售者的行为并非直接侵害权利的行为，也可以将其行为视为日本著作权法第 112 条第 1 项规定的“侵害著作邻接权或者有可能侵害的行为”，从而准许原告行使差止请求权。为此，大阪地方裁判所判决被告应该在涉案的关西地区停止销售电视

③ 大阪地方裁判所平成 14 年（ワ）第 9435 号事件。

④ 大阪地方裁判所平成 17 年（ワ）第 488 号事件。大阪高等裁判所平成 17 年（ネ）第 3258 号事件。

节目录制装置。大阪高等裁判所维持了一审判决,但所持理由有所不同。大阪高等裁判所认为,被告在用户对原告电视节目非法录制过程中起到了技术上的决定性支配作用,并且在销售该装置后为了保持装置稳定的运行,还和设置在管理员办公室的服务器进行了联网,通过远距离遥控对该装置进行了管理,并因此赚取了利益,因而被告为侵害著作邻接权的主体。

(五) ファイルログ案^⑤ (file rogue)

本案原告是日本音乐著作权管理协会,被告是在网络上提供 P2P 共享软件服务的公司エムエムオ。简要案情如下:被告提供的软件是一款非常初期的 P2P 软件,需要共享软件的会员用户访问被告的中央服务器,才能获得自己所需要的文件。具体原理如下:被告的免费注册会员用户首先下载并安装其提供的 P2P 软件,然后访问被告中央服务器,被告中央服务器显示处在联网状态的其他用户可以共享的文件,会员用户下载使用。不过在这一过程中,被告的中央服务器本身并不储存用户可以用来共享的文件。原告以自动公众送信权和送信可能化权被侵害为由,向东京地方裁判所起诉,要求被告停止侵害并赔偿损失。

审理此案的东京地方裁判所和东京高等裁判所一致认为,虽然被告的中央服务器在其会员用户交换文件的过程中不储存文件,但因为用户进行文件交换时必须以安装、使用其提供的软件为前提,必须连接其服务器,而且必须在其服务器上确定自己所需要文件所在位置,并且被告在其网页上说明了该软件的使用方法,几乎所有用户都按照该说明方法进行使用,因此认定被告对用户侵害公众送信权的系统进行了管理,具备管理性;同时,被告从用户下载 P2P 软件的网站上获得广告收入,构成利益性,因此被告构成公众送信权侵害的主体,应当承担停止侵害和赔偿损失的责任。

(六) 録画ネット案^⑥

本案原告为日本放送协会,被告为某有限责任公司。简要案情如下:为了让居住在海外的日本人能够方便地收看日本国内电视,被告在日本国内通过电脑电视录制好电视节目后,经由网络传送给海外的用户观看。和上述选撮見録案件中被利用一台录制装置为用户提供服务不同的是,本案中被告安置在自己事务所内的电脑电视与用户在海外使用的电脑一一对应,海外用户发出录制指令后,只有与之对应的唯一一台录制装置为其录制电视节目,被告也因此主张自己仅仅给用户提供了放置录制装置的场所。为了使用户能够简单地进行操作,被告为用户提供了使用该录制装置的专用软件,用户必须在网络上注册为被告的会员并经过认证后,才能享受该录制服务。日本放送协会以著作邻接权受到侵害为由,提出了请求被告停止提供该服务的假处分要求。

东京地方裁判所一审决定、东京地方裁判所异议决定、日本知识产权高等裁判所上诉审决定一致认定,被告构筑并管理了一个录制原告电视节目的系统,为复制行为主体。决定性的因素有四个方面:1. 服务的性质。被告提供的服务以居住在海外的日本人为服务对象,以让其收看到日本电视节目为唯一服务目的。2. 系统的构筑和管理。被告在自己的事务所内设置了电视电脑、电视天线、加速器、分配机、服务器、路由器、监视服务器以及软件,并将其有机组合成一个录制系统。这些器械都是被告准备和被告所有的。被告时常监控这个系统,以保证其顺利工作。被告将这个系统作为一个整体进行了管理。3. 录制的电视节目范围由被告决定。4. 被告主导了用户的接触和下载行为。用户通过自己的计算机和被告运营的网络接触时,必须经过会员认证手续,然后按照被告在网络上提示的顺序录制节目。

^⑤ 东京地方裁判所平成 14 年(ワ)第 4237 号事件。东京高等裁判所平成 16 年(ネ)第 405 号事件。

^⑥ 东京地方裁判所平成 16 年(モ)第 15793 号事件。知识产权高等裁判所平成 17 年(ラ)第 10007 号事件。

（七）まねきTV 案^⑦

本案原告是日本放送协会，被告是株式会社永野商店。简要案情如下：为了让居住在海外的日本人、居住在日本国内但经常出差的人以及无法收到电视信号的用户能够方便收看电视节目，被告给用户提供了一个可以方便录制和收看电视节目的系统。本案中被告系统的工作原理和上述第6个案件即録画ネット案大致相同。不同之处在于：本案中用户使用的录制装置是索尼公司生产的无地点限制电视（locationfree），^⑧是市场上销售的一般产品，无需被告提供任何特殊软件，用户从市场上购买回来后就可以直接用来收看电视节目；録画ネット案中的电脑电视是被告提供的，而本案中被告用来为用户录制电视节目的无地点限制电视是用户自己从量贩店购买回来后交给被告的。此外，虽然无地点限制电视与用户的专用电脑或者显示器形成一一对应关系，但用户在对无地点限制电视下达指令时无需被告进行任何特别认证手续。原告以被告提供的服务侵害其送信可能化权为由，向东京地方裁判所提出请求被告停止提供该服务的假处分请求。

东京地方裁判所和日本知识产权高等裁判所认为，由于无地点限制电视是在市场上可以随意买到的不仅仅只有电视目录制功能的一般产品，被告的服务也没有使用特殊的软件，无地点限制电视也不能向多数用户发送录制好的电视节目，被告保管的多台无地点限制电视也没有作为一个整体系统发挥功能，因此不能认定被告的行为侵犯了原告的送信可能化权。

（八）MYUTA 案^⑨

本案原告是イメージシティ株式会社，被告是日本音乐著作权管理协会。简要案件如下：原告是提供储存服务的公司。所谓储存服务，一般是指：移动手机、个人电脑硬盘容量有限，在出差时大量数据往往不适合携带，提供储存服务的公司将用户的大量数据保存在其服务器上，用户到达出差地后再经过互联网读取保存在服务器上的数据加以利用。但本案中原告不仅仅提供储存服务。原告的装置 MYUTA 首先将用户的原始数据转变为可以用于手机上播放的 3G2 文件，经过原告的服务器后，用户手机就可以保存本来是 CD 上的乐曲。原告担心自己的服务受到日本音乐著作权管理协会的诉讼，就首先针对被告提起了债务不存在的确认之诉。

东京地方裁判所认为，原告要想成功地向手机用户提供服务，首先必须在其服务器内复制被告乐曲，然后再向用户的手机发送数据；该复制、发送行为是在原告支配下的服务器中完成的；虽然用户可以决定复制哪首乐曲，但是原告提供的服务中不可缺少的用户软件内容、储存条件、送信功能都是原告设计并决定的；用户自己把 CD 上的原始乐曲数据转换为手机可以播放的形式在技术上是困难的，恰恰是原告提供的服务才使其成为可能。综合考虑这些因素，复制行为的主体应当认定为原告而不是用户。由于原告提供的服务存在侵害被告复制权和自动公众送信权的可能，所以东京地方裁判所对其请求没有给与确认。

（九）ロクラク案^⑩

本案原告是东京放送株式会社和静岡放送株式会社，被告是日本数字化家电株式会社。简要案情如下：被告将自己生产、销售的一种具有电视节目录制功能的母机置于自己的事务所内，而将与母机一一对应的子机租赁或出售给居住在海外的日本人使用。被告在日本国内用母机录制好电视节

⑦ 东京地方裁判所平成 18 年（ヨ）第 22027 号事件。知识产权高等裁判所平成 18 年（ラ）第 10012 号事件。

⑧ LocationFree 包括基站（LF-B1）和播放软件（LFA-PC2）两部分组成。基站可以和宽带路由器、有线电视、DVD 播放器或者 DVD 录像机相连接。通过 Internet 宽带连接，LocationFree 基站能无限传输现场或者录制的电视节目，存放于 VHS 录像带或者 DVD 中的音频或者视频内容，任何一台具备无线局域网连接的笔记本电脑或者 PSP 掌机都可以接受这些节目。

⑨ 东京地方裁判所平成 18 年（ワ）第 10166 号事件。

⑩ 东京地方裁判所平成 19 年（ワ）第 17279 号事件。知识产权高等裁判所平成 20 年（ネ）第 10055 号事件。

目后,经由互联网传输给海外的用户。其特点在于,在海外用户发出录制指令后,只有与之对应的唯一一台母机为其录制、传输电视节目。在这个过程中,用户不能随意更改子机的设置。原告以复制权和著作邻接权侵害为由,向东京地方裁判所提出被告停止提供该服务的假处分请求。

东京地方裁判所认为,被告以海外利用者获得日本电视节目的复制品为目的而构建了上述系统,该系统对于复制日本的电视节目并将复制了的节目向海外送信等活动具有重要意义。在设备调试过程中,母机置于被告事务所内,为了使母机发挥功能,被告将电视天线端口通过分配器与母机相连、并提供电源和接入高速网络,因此可以认为被告是将其作为一个系统在事务所内进行着管理。调试完毕后,即使母机设置场所被转移,由于被告对母机的设置、维护以及运行环境的改善等,与将母机设置在被告事务所内的情况一样,属于管理行为的继续。据此应该认为,本案服务所提供的母机是处于被告的实质性管理支配下的,被告将这些母机以及为该服务所提供的环境作为系统进行着管理。同时,被告因此获得了初期注册费和租金等利益。基于上述理由,东京地方裁判所认定复制行为主体是被告而不是直接利用者。

但是日本知识产权高等裁判所推翻了东京地方裁判所的这个判决。其主要理由是:被告对母机及附属设备的设置、管理,只不过是母机发挥功能提供一种技术性前提的环境和条件,只是基于技术性、经济性理由而代替利用者进行的配备而已,不能以此认为被告实质性地管理、支配着本案的复制行为。关于被告对母、子机之间通信的管理以及被告对复制环境的配备行为,即使是利用者亲自对母机进行管理(即被告不被视为行为主体)时也会发生,因此将被告视为行为主体的理由不充分。被告获得的初期注册费和租金,是出租机器本身及进行维护管理所必要的对价,与是否提供录像等问题无关。即使被告收受了每月2000日元的其它费用,也没有足够证据证明该费用具有作为复制信息的对价的性质。因此,实质管理、支配母机的是用户而不是被告,被告提供的服务不过是使用户的合理使用行为更加有效率,因此复制行为的主体不是被告而是用户。

二、日本学界关于著作权间接侵害行为的类型化及相关法律理

(一) 日本学界关于著作权间接侵害行为的类型化

根据上述典型案例,日本学者对著作权间接侵害行为进行了类型化。其中吉田克己教授和田村善之教授的分类最具有代表性。^①

田村善之教授将著作权间接侵害行为类型化为以下三种形式:1.对直接利用他人作品的行为进行人为地管理乃至支配的行为。比如上述第1个案件中猫眼俱乐部的行为。这种行为的主要特点是间接侵害行为人虽不直接利用他人作品,但对直接利用他人作品的行为进行了管理乃至支配。2.为直接利用他人作品提供利用手段的行为。比如上述第2个案件和第4个案件中被告的行为。该行为的主要特点是间接侵害行为人虽不直接利用他人作品,但为直接利用他人作品行为提供了利用手段。3.提供诱发利用他人作品行为系统的行为。比如上述第5个案件、第6个案件、第7个案件、第8个案件、第9个案件中被告的行为。这种行为的主要特点是间接侵害行为人虽不直接利用他人作品,但为直接利用他人作品行为构筑和管理了一个复制系统。

吉田克己教授则将著作权间接侵害类型化为以下三种形式:1.场所机会提供型的间接侵害。指由于为直接利用他人作品行为提供了场所和机会,结果导致在自己支配的领域内发生了著作权侵

^① 参见[日]吉田克己:《著作権間接侵害と差止請求》,载《新世代知的財産権法政策学の創成》,有斐阁2008年版,第253-308页。[日]田村善之:《著作権の間接侵害》,载《著作権法の新論点》,商事法務2008年版,第259-306页。

害行为。比如上述第1个案件中被告的行为。此种间接侵害行为的特点是直接行为人的利用行为受场所机会提供者的支配。2. 道具提供型的间接侵害。指提供侵害著作权的道具而发生的著作权侵害行为, 比如上述第2个案件、第3个案件、第4个案件中被告的行为。此种间接侵害行为的特点是直接利用行为构成著作权侵害, 被告为此种直接侵害行为提供了工具。3. 系统提供型的间接侵害。指为直接复制行为构筑一个可以支配的复制系统并提供相应服务的行为, 比如上述第5至第9个案件中被告的行为。此种间接侵害行为的特点是直接利用行为基本上构成著作权法上的合理使用行为, 而且间接行为人对复制系统进行了支配, 并通过支配该复制系统对直接利用他人作品的行为进行了支配。不过也存在例外, 即少数情况下直接利用行为构成侵权行为时, 如果间接行为人为其提供了复制系统并对该系统进行了支配, 也构成此种类型的间接侵害。

总的来看, 上述两位学者的分类虽然说法不同, 但实质上大同小异, 即将著作权间接侵害行为分为对直接利用作品行为进行管理乃至支配的行为、为直接侵害他人著作权行为提供工具的行为、为直接利用作品行为提供自己可以进行管理乃至支配的复制系统的行为。

(二) 日本学界关于处理著作权间接侵害行为的相关法理

上述案件中的被告或被判决承担停止侵害的责任, 或被判决承担赔偿责任, 或被判决同时承担停止侵害和赔偿损失的责任, 为了从理论上解释没有直接利用他人作品的被告承担著作权侵害责任的依据, 日本学界在上述案例的基础上, 总结出了以下两种追究被告责任的法理:

1. 卡拉 OK 法理。又称为扩张直接利用他人作品行为主体的手法, 最初是指将管理和支配直接利用他人作品行为的场所和机会提供者作为直接利用他人作品行为主体, 后来是指将管理和支配复制他人作品的系统提供者作为直接利用他人作品行为主体的法理。卡拉 OK 法理是日本学者根据上述日本最高裁判所对猫眼俱乐部案件所作判决总结出来的。根据这个法理的最初含义, 被告提供场所和机会的行为如果具备以下两个要件, 则尽管其没有直接利用他人作品, 也应当从法律角度评价为直接利用他人作品的行为主体。

(1) 管理、支配性。即被告对直接利用他人作品的行为(该种行为属于合理使用等合法行为还是侵害著作权的行为在所不问)进行了管理乃至支配, 直接利用他人作品的行为人只不过充当了场所和机会提供者非法利用他人作品的手和脚, 即工具。在猫眼俱乐部案件中, 被告对顾客的管理和支配性表现在: 卡拉 OK 店事先准备好了卡拉 OK 曲目, 顾客在这个范围内选择歌唱的曲目; 卡拉 OK 店的服务员劝诱顾客歌唱; 卡拉 OK 店的服务员为顾客具体操作卡拉 OK 装置。

(2) 利益性。即被告从直接利用他人作品的行为中获利。在猫眼俱乐部案件中, 这种利益性表现在: 被告将顾客的歌唱作为一种营业手段, 以此酿造一种氛围, 招徕喜欢此种氛围的顾客光顾, 从而提高了营业利益。

日本最高裁判所上述判决, 对日本地方裁判所产生了深远影响。许多地方裁判所在此后的类似案件中, 都通过管理、支配性和利益性两个要件将并未直接利用他人作品的行为主体规范地等同于直接利用他人作品的行为主体。田村善之教授认为, 上述卡拉 OK 法理的意义在于两个方面。一是明确肯定了著作权人可以对场所机会提供者行使差止请求权。二是即使直接利用者的行为构成著作权法上的合理使用等合法行为, 场所机会提供者的行为也构成著作权侵害。^⑩

然而, 上述卡拉 OK 法理从诞生之日起就受到了诸多日本学者和法官的猛烈批判。批判首先来自当时亲自参与猫眼俱乐部案件审理的伊藤正己法官。伊藤正己法官认为, 如果是卡拉 OK 店的陪唱人员或者服务员歌唱, 将卡拉 OK 经营者作为直接利用主体是没有问题的, 或者是陪唱人员和顾

^⑩ 同注⑪, 田村善之文, 第266-267页。

客一起歌唱,将陪唱人员和顾客的歌唱视为一体从而认定经营者为音乐作品的直接利用主体也是没有问题的。但在只有顾客单独歌唱的情况下,把经营者解释为音乐作品的直接利用主体不免显得有些牵强附会。理由在于,虽然经营者的行为对顾客存在一定程度的管理性和营利性,但顾客的歌唱行为并非基于雇佣、承包等契约关系或者基于对经营者承担的某种义务,完全是顾客自由、任意地利用音乐作品的行为。伊藤正己法官认为,还是应该着眼于卡拉OK装置本身,认定在卡拉OK店内播放音乐伴奏带的行为构成演奏权侵害。^⑬简单地说,伊藤正己法官认为,虽然卡拉OK经营者对顾客的歌唱行为存在一定程度的管理,但还谈不上已经到了支配的程度,因此卡拉OK法理中的第一个要件不充足。伊藤正己法官的这种意见得到了一些日本学者的赞同。上野達弘准教授认为,根据“手足论”,只有在具备雇佣契约等关系的前提下,对直接利用行为具有密切的支配关系或者隶属关系时,才能将直接利用行为主体评价为规范的利用行为主体。在直接利用行为人按照自己的自由意志任意从事利用行为的情况下,不能认为存在所谓的“手足关系”。上述的猫眼俱乐部案件中,顾客完全是按照自己的意思自由进行歌唱,和卡拉OK经营者之间并不存在支配和被支配的关系,因而不能将顾客的歌唱行为评价为卡拉OK经营者的歌唱行为。^⑭吉田克己教授也认为,卡拉OK法理的拟制色彩过强。^⑮

田村善之教授和吉田克己教授则对卡拉OK法理中的利益性要件进行了猛烈批评。田村善之教授认为,即使没有获得具体的利益,如果间接行为人管理着直接侵害行为,在其能够停止该直接侵权行为的情况下,就应该采取措施停止该直接侵权行为。特别是在互联网中,提供复制技术和服务的行为人即使没有营业目的,但在其提供行为可能诱发大规模直接侵害行为的情况下,对著作权人的影响也是非常巨大的。考虑到这些因素,田村善之教授认为,卡拉OK法理只要具备管理性一个要件就足够了。^⑯吉田克己教授则认为,卡拉OK法理通过手足论扩张直接利用他人作品的行为主体并允许著作权人行使差止请求权的实质在于,将著作权侵害行为由原来的未经著作权人许可从事著作权法规定的作品利用行为,扩张解释为损害著作权人经济利益的行为,因而必须严格划定侵害行为与非侵害行为之间的界线。由此,应该将卡拉OK法理规制的行为严格限定为将直接利用行为者作为“手足”而利用他人作品的行为,即支配直接利用他人作品行为的行为。吉田克己教授进一步认为,对直接利用行为是否具有支配关系,可以通过是否存在雇佣契约、是否存在指挥命令关系、支配者是否决定利用他人作品的内容和方式等要素加以判断。一旦肯定了支配关系的存在,支配者就相当于刑法上所说的间接正犯,可以判断为规范的利用主体。如此一来,营利性也就不再属于支配行为成立的要件。^⑰

或许是因为学者们猛烈批评的缘故,日本有些地方裁判所在后来的一些判决中,逐渐缓和甚至抛弃了卡拉OK法理中的利益性要件。在有些案件中,被告即使没有获得直接利益,而只获得间接利益,比如上述第5个案件,日本裁判所也认为符合利益性要件。在有的案件中,被告甚至根本没有获得任何利益,比如上述第6和第8个案件,日本裁判所也认定被告属于直接利用行为主体。在第6个案件中,东京地方裁判所和日本知识产权高等裁判所一致认为,被告构成并管理了一个直接利用者可以录制原告电视节目的系统,因此为侵权复制行为的主体。在第8个案件中,东京地方裁

⑬ 参见日本最高裁判昭和59年(オ)第1204号猫眼俱乐部事件判决书中伊藤正己法官的补充意见。

⑭ 参见[日]上野達弘:《いわゆる‘カラオケ法理’の再検討》,载《紋谷暢男教授古稀記念 知的財産法と競争法の現代的展開》,发明协会2006年版,第784-785页。

⑮ 同注⑪,吉田克己文,第259-260页。

⑯ 参见[日]田村善之:《著作権法概説》,有斐阁2001年版,第178页。

⑰ 同注⑪,吉田克己文,第296-297页。

判所认为，原告的文件格式转换装置以及相应服务在用户复制和在线传输被告享有著作权的音乐作品的过程中，发挥了支配性作用，因此为侵权复制和非法在线传输行为的主体。利益性要件缓和甚至抛弃的结果是，使得卡拉 OK 法理适用起来更加严厉。

日本最高裁判所在猫眼俱乐部案件中创造的所谓卡拉 OK 法理在发展过程中，不但利益性要件发生了变化，而且管理支配性要件也发生了变化，主要表现为以下两个方面：第一，管理支配的对象由猫眼俱乐部中的直接利用他人作品的行为变成了为直接利用行为构筑的复制系统和相应服务。上述第 5 至第 9 个案例中，被告提供的都是这样的复制系统和服务。按照吉田克己教授的观点，在这几个案件中，被告管理支配的对象之所以发生了变化，一方面是因为直接利用者是否成为被告系统的利用者、成为被告系统利用者之后是否实际利用这个系统、如何利用这个系统，都是由直接利用者自由决定的，因而不能认为系统构筑者管理乃至支配的是利用者行为；另一方面则是因为被告对系统的利用设置了一定规则和限制。基于这两个因素，可以认为被告通过对复制系统和服务的管理、支配而对直接利用者的利用行为进行了管理乃至支配。按照吉田克己教授的观点，判断被告是否对直接利用者复制他人作品的系统进行了支配，可以考虑以下几个要素：被告提供服务的性质，是否以引起著作权侵害的行为作为唯一目的；是否为直接利用他人作品行为构筑和管理了一个有机系统；是否决定利用他人作品的内容；是否主导了直接利用他人作品的行为。如果回答都是肯定的，则被告构筑并管理乃至支配了一个利用他人作品的系统，具备管理支配性。同时，吉田克己教授还认为，对于这种系统管理支配型的间接侵害行为而言，还必须具备利益性，只有当被告通过管理支配一个利用他人作品的系统并获得了利益，著作权人才能行使差止请求权。^⑩ 第二，由于管理支配的对象发生了变化，日本地方裁判所的判决结果也发生了变化，出现了否定管理支配性因而认定被告非他人作品直接利用主体的判决。最典型的就是上述第 7 个案件和第 9 个案件的终审判决。^⑪

2. 帮助侵权法理。帮助侵权法理是民法中共同侵权行为理论在知识产权领域中的应用，因此并没有什么新意。按照日本民法典第 719 条第 2 款的规定，教唆或者帮助不法行为人实施不法行为的，视为共同不法行为人，由此给他人造成损害的，承担连带责任。按照日本民法学界对该条文的一般解读，构成教唆性或者帮助性的共同侵权行为，一般需要具备以下几个要件：被教唆者或者被帮助者的行为构成侵权行为；教唆者或者帮助者实施了教唆或者帮助行为；教唆者或者帮助者主观上具备过错，明知或者应当知道被教唆者或者被帮助者实施侵权行为。民法的这种理论在上述第 2、第 3、第 4 个案件中得到了应用。

根据帮助侵权法理追究场所等提供者的责任，日本学者之间在两个问题上不存在分歧：一是按照日本民法典第 719 条和第 709 条的规定追究教唆者、帮助者的损害赔偿不存在任何问题。二是教唆、帮助侵权的成立以被教唆者、帮助者，即直接行为者的行为构成侵权为前提，在直接利用行为构成著作权法上的合理使用等合法行为时，教唆者、帮助者也不构成侵权。

但是，根据帮助侵权法理，能否追究教唆者、帮助者的差止责任，日本判例和学说存在肯定说和否定说两种截然相反的观点。坚持肯定说的判例以上述第 3 个案件的判决和第 4 个案件大阪地方

^⑩ 同注⑩，吉田克己文，第 296 - 298 页。

^⑪ 关于日本知识产权高等裁判所对第 9 个案件即ロクラク案件的判决，日本有学者认为不再属于卡拉 OK 法理的应用，而属于一种新的法理，即综合考量型的法理。但笔者认为，虽然日本知识产权高等裁判所认定被告不是复制行为主体加上了被告行为只不过使合法利用行为更加有效率这一因素的考虑，但根本上还是认为被告对复制装置及其系统缺乏管理支配性，因此该判决仍然属于卡拉 OK 法理的变种。参见〔日〕佐藤丰：《著作物の適法利用のための手段提供のは非——ロクラクⅡ事件控訴審判決を題材に》，载《知的財産権法政策学》2009 年第 25 号。

裁判所的判决为代表。这两个判决的主要共同点在于,当直接利用行为难以排除的情况下,考虑到被告提供的工具和直接侵害行为之间的密切关系等因素,可以将工具提供者类推解释为日本著作权法第112条第1款所说的“侵害著作权、著作邻接权者或者有侵害之虞者”,从而准许权利人直接行使差止请求权。这种做法得到了吉田克己教授的支持。吉田克己教授总结这两个判例,从中抽象出追究被告差止责任的两个判断要素,即差止的必要性和侵害行为的低保护性。差止的必要性是指如果被告不停止帮助行为的话,从社会的角度看,停止直接侵害行为没有可能性。在考虑差止的必要性时,被侵害利益的重大性也是需要考虑的一个因素。侵害行为的低保护性,是指被告非常容易停止销售等侵害行为、保护被告销售等侵害行为的必要性非常之低。吉田克己教授进一步认为,这两个要件,并不专门着眼于被侵害的利益,而是综合考量了原被告利益,从而决定是否应该追究教唆者、帮助者的差止责任。这种构造与民法上通过差止保护绝对权的构造不同。教唆者、帮助者虽然对著作权人利益构成损害,但是日本著作权法并不认为这是对著作权人利益的直接侵害,教唆者、帮助者的行为也并非直接利用著作权的行为,以此为前提,在考虑是否追究教唆、帮助者的差止责任时,就必须以差止的必要性和侵害行为的需要保护性为中心,进行综合判断。^②

此外,还有学者从其他角度提出了赞成的理由。比如田中豊认为,著作权属于对著作物的独占支配权,为了确保著作权人的这种支配手段,应该维持著作权人排除妨碍对其著作物进行独占支配的地位,因而著作权人差止请求的对象不应该限定为直接利用行为人,对于帮助者,至少也应该类推解释为侵害主体,允许著作权人行使差止请求。从实效性上看,在侵害行为继续的情况下,对于帮助者如果只能事后追究其损害赔偿赔偿责任,对于保护权利人明显是不利的。再者,从日本著作权法第112条第1款的规定看,作出上述理解也不存在文理上的问题。^③

否定说则以上述第2个案件以及东京地方裁判所对スタジオオ案的判决和2ちゃんねる小学館案^④的判决为代表。日本最高裁判所在上述第2个案件的判决中虽然没有就是否应该追究被告的差止责任发表任何意见,但东京地方裁判所在后两个判决中则清楚表达了不支持原告差止请求的理由。综合起来主要两点:一是根据日本著作权法第112条第1款的规定,只有形式上符合日本著作权法第21条至28条所列举的各种利用行为,权利人才能行使差止请求权,才能追究被告的差止责任。如果将差止的对象扩大到损害著作权人经济利益的行为,则超过了法律解释的限度,不适当地扩大了著作权人权利的范围。二是将基于著作权的差止请求权与民法上的物权差止请求权进行类比。物权差止请求的对象为侵害支配权的行为人,以此来看,基于著作权的差止请求权对象也应当理解为产生侵害行为者或者侵害之虞者,而不能随意扩大。东京地方裁判所的判决同样得到了一些日本学者的赞成。比如,田村善之教授认为,虽然按照日本民法典第719条和第709条的规定,帮助侵权法理在追究教唆者、帮助者的损害赔偿赔偿责任方面不存在任何问题,但能否根据这个法理追究教唆者、帮助者的差止责任,则是一个问题。^⑤法官高部真规子也以和东京地方裁判所大致相同的理由坚持否定说。^⑥

总的来看,否定说目前是日本的主流观点,并得到判例的支持,肯定说则是少数派观点,除了得到上述大阪地方裁判所对两个案件判决的支持外,尚没有得到其他裁判所的支持。

② 同注①,吉田克己文,第300-302页。

③ 参见[日]田中富:《著作権侵害とこれに關与する者の責任》,载《コピーライト》2001年第485号,第2页。《著作権の間接侵害=実効的司法救済の試み》,载《コピーライト》2004年第520号,第7页。

④ 东京地判平成16.3.11判时1893号131页“2ちゃんねる小学館事件”。

⑤ 同注①,田村善之文,第260-261页。

⑥ 参见[日]高部真规子:《著作権侵害の主体について》,载《ジュリスト》1306号,第126-128页。

三、检 讨

以上两个部分简要地介绍了日本关于著作权间接侵害的典型案列以及代表性学说。下面对上述案列和学说进行简要地检讨。

(一) 日本著作权间接侵害问题的由来

日本关于著作权间接侵害主要涉及两个问题：一是没有直接利用他人作品的场所等提供者是否能够成为侵害著作权的主体？二是如果这些提供者能够成为侵害著作权的主体，著作权人能否主张差止请求权？围绕这两个问题，日本判例和学说进行了热烈的讨论。那么，为什么在日本会产生讨论如此热烈的著作权间接侵害问题呢？归纳起来，主要存在以下三个方面的原因。

1. 和日本著作权法关于著作权侵害行为的立法模式相关。日本专利法第 101 条虽然明确规定了专利权间接侵害行为，但日本著作权法并没有像其专利法那样，明确规定著作权间接侵害行为。具体表现为，日本著作权法第 21 条到第 28 条采取限定列举方式列举了著作权人应该享有的复制权等专有权利。按照日本著作权法第 112 条第 1 款的规定，只有未经著作权人同意，擅自直接实施著作权人上述专有权利控制范围内的行为，才构成著作权侵害行为，著作权人或者邻接权人才可以请求停止侵害或者预防侵害。不但如此，日本著作权法第 113 条对视为著作权侵害的行为采取的也是限定列举的方式。这样一来，日本著作权法没有明确列举的为直接利用他人作品提供场所等的行为是否构成著作权侵害行为、构成侵害的话能否追究其差止责任就成了一个问题。

2. 和日本学者对教唆、帮助行为是否可以追究差止责任（包括停止侵害、废弃侵权结果物和侵权工具）的理解有关。由于我国民法学界和知识产权法学界区分直接侵权行为和间接侵害行为的观点不是主流，而且《民法通则》和《侵权责任法》采取的是以民事责任而不是请求权为中心的构造，因此在我国要追究教唆者、帮助者停止侵害的责任并不是问题。从法院判决看，只要判决教唆者、帮助者构成共同侵权行为，法院几乎没有不同时判决教唆者、帮助者承担停止侵害责任的。但日本民法典关于共同侵权责任采取的是不同的构造。按照日本民法典第 719 条和第 709 条的规定，在教唆者、帮助者构成共同侵权行为的情况下，教唆者、帮助者应当承担连带赔偿责任，但是否应当承担差止责任并不明确。这种立法构造使得法官、学者在这个问题上的理解产生了严重分歧。在著作权领域中，虽然有裁判所和学者认为可以通过类推解释的方法将教唆、帮助他人侵害著作权的行为解释为日本著作权法第 112 条第 1 款规定的行为，著作权人可以主张差止请求权，但更多的日本学者和法官持反对意见，认为是否可以追究教唆者、帮助者的差止责任，立法上并不明确，否则就会超出法解释的范围，不适当扩大著作权人差止请求权的范围，对他人的自由将造成过大妨碍。

3. 和著作权间接侵害责任的作用有关。追究非直接利用者的著作权间接侵害责任，可以达到三重效果。一是一网打尽。在直接侵害行为人海量存在的情况下，由于成本和技术问题，著作权人难以对其一一加以捕捉，而如果能够追究工具等提供者的差止责任，则可以达到一网打尽、一劳永逸的效果。二是隐身衣的对策效果。在场所等提供者利用不构成著作权侵害的直接利用行为获取利益的情况下，如果能够追究场所等提供者的间接侵害责任，则可以揭开其利用他人合法行为达到自己非法目的行为上的隐身衣，从而发挥隐身衣的对策效果。三是钱袋子的效果。在因为成本和技术问题向单个利用者收取使用费事实上存在困难和单个利用者没有支付能力的情况下，著作权人将矛头指向场所等提供者，很容易实现收费的经济目的。^⑤ 鉴于这三重作用，著作权人自然热衷于追究

^⑤ 参见〔日〕奥邨弘司：《著作権の間接侵害——日米裁判例の動向と実務への影響、今後の課題》，载《コピーライト》第 582 号（2009 年），第 5-6 页。

场所等提供者的所谓著作权间接侵害责任。

上述第1、2点原因是法律上的原因,第3点原因则是经济上的原因。两相比较可以发现,经济原因是决定性的。在当今数字化和网络化的时代,公众都有可能变成低成本甚至零成本的复制者和传播者,如果产业界再为其提供便捷的复制工具、系统和服务,则著作权人的利益将面临更加巨大的风险。在著作权人已经相对变成弱势群体,而著作权法关于公众合理使用的规定没有改变、著作权人追究其责任不可能或者虽有可能但由于成本、技术等因素的限制非常困难的情况下,著作权人只有把矛头指向场所等提供者而不是一般公众,以求一劳永逸地解决问题。一旦著作权人把矛头直接指向产业界而不是公众,博弈就由原来著作权人——产业界——公众三方演变成了著作权人——产业界两方,从而引发激烈的著作权间接侵害问题。上述案件中的情况无不是这样。

(二) 卡拉 OK 法理和帮助侵权法理的检讨

1. 卡拉 OK 法理的检讨。日本卡拉 OK 法理下场所等提供者承担的责任与美国判例法上所说的替代责任存在重大差别。替代责任的适用存在三个前提。一是直接利用行为构成侵权行为。二是责任承担者对直接侵权行为具有监督管理的权限和能力。三是责任承担者从直接侵权行为中获得经济利益。至于主观上是否认识到直接侵害行为,并不是替代责任必须的要件。可见,替代责任适用的前提是直接行为人的行为构成著作权侵害行为。而根据卡拉 OK 法理,直接行为人的行为即使不构成著作权侵害行为,在具有管理乃至支配关系的前提下,甚至不需要利益性要件,管理乃至支配者也需要承担侵权责任,相比美国的替代责任明显要严厉得多。这样一来,日本卡拉 OK 法理及其变化,正如日本学者已经批判过的那样,虽然解决了场所等提供者的著作权侵害主体性问题,但基于管理性而不是支配性而将场所等提供者等视为规范的直接利用行为主体,存在拟制性过强的弊病,对于技术进步和产业发展非常不利。该法理允许著作权人行使差止请求权的结果,不但会阻碍技术进步和产业发达,而且会使公众享受不到技术进步带来的先进成果和便利。这正如同日本学者所说的,间接侵害允许著作权人行使差止请求权会带来一种“混获现象”,在打击违法行为的同时,也会将合法公众都网进渔网里。^⑥正因为这样,吉田克己教授才极力主张对于行为支配型的工具等提供者而言,只有在提供者对直接利用他人作品的行为起着支配作用的情况下,才构成侵害主体;对于系统支配型的系统等提供者而言,只有提供者对他人可以利用来复制作品的该系统起着支配作用,并且具有利益性时,才构成侵害主体。但即使如此限定,工具等提供者仍然面临巨大风险。

田村善之教授主张,卡拉 OK 法理在对直接利用行为具有人的支配关系的案件中仍然具有适用空间,即如果对侵权行为具有管理支配性的话,还是可以利用卡拉 OK 法理追究工具等提供者的侵权责任。^⑦卡拉 OK 法理根本目的是为了解决被告的差止责任问题,但即使如此,也用不着专门创造出这样一个法理。原因在于,虽然日本民法典第719条和第709条只规定了教唆者、帮助者的损害赔偿赔偿责任,但根据特别法和一般法关系的原理,特别法有规定的,应当优先适用特别法的规定。作为特别法的日本著作权法第112条规定著作权人或者邻接权人对“侵害著作权者或者著作邻接权者或者侵害之虞者”行使差止请求权,虽然绝大部分学者持限缩解释,认为此条并没有赋予权利人差止请求权,但从文义解释角度看,由于该条并没有限定“侵害著作权者或者著作邻接权者或者侵害之虞者”必须是直接利用他人作品的行为人,而教唆者、帮助者虽不是直接利用他人作品的行为人,却属于侵害他人“著作权或者邻接权者或者侵害之虞者”,因此权利人可以直接对其行使差止请求权。由此可见,为了解决场所等提供者的差止责任问题,不但不需要特别创设出一个卡拉

⑥ 同注⑤,第6页。

⑦ 同注①,田村善之文,第294页。

OK 法理,也无需对日本著作权法第 112 条进行类推解释,直接通过对该条进行适当扩大解释即可达到目的。至于在我国,由于我国《侵权责任法》第 34 和第 35 条已经明确规定管理、支配者应当承担直接侵权责任,因此场所等提供者如果对构成著作权侵害的直接利用行为具有管理、支配关系的话,就应当据此承担著作权直接侵权责任,权利人可以直接请求其停止侵害、废弃侵权工具、侵权结果物,卡拉 OK 法理根本就不存在适用的空间。

从上述的分析可以看出,在著作权的侵害问题上,日本学者和裁判所一直坚持没有著作权法规定的直接利用作品的行为,就没有著作权直接侵害行为。该种解释虽然近乎刻板地严守了著作权法条文的规定,但并非没有可商榷之处。著作权虽不同于物权,但本质上仍然属于法律拟制的著作权人对其作品的支配权,因此只要行为人的行为妨碍了著作权人对其作品的法律拟制支配,行为就构成侵权,至于其是否直接利用并不影响侵权行为的成立。如果这种理解成立的话,工具等提供者提供工具的行为,也就可以理解为和直接利用作品的行为一起,构成了对著作权人对其作品的法律拟制支配,因而构成侵权行为。由此可以得到一个结论是,是否直接利用作品和著作权侵害行为之间并不存在必然的等同关系。此外,从逻辑上,按照卡拉 OK 法理,既然场所等提供者被拟制为了他人作品“利用主体”,其行为对著作权人的权利而言,就构成了直接侵害行为。但日本学界仍然将此种行为称为“著作权间接侵害行为”,不免令人匪夷所思、不得其解。

2. 帮助侵权法理的检讨。日本利用来解决场所等提供者间接侵害著作权责任的帮助侵权法理,虽然不是什么新的法理,但有两点值得注意。一是工具等提供者的注意义务问题。如何划定场所等提供者注意义务的界线,是决定场所等提供者主观上是否存在过错、是否构成帮助侵权的关键。从上述第 2、第 3 个案件的判决看,日本裁判所在判断被告是否存在注意义务时,基本上综合考量了场所等本身的危险性、被侵害利益的重大性、被告是否从侵害行为中获利、被告预见侵害的可能性、被告回避侵害结果的可能性等因素。这种判断方法是值得我国某些采取过于简单的方法判断工具等提供者是否存在主观过错的法院深思的。二是著作权人能否向工具等提供者行使差止请求权的问题。这个问题关系到场所等提供者自由行为的界线和公众的利益,因此并不是一个简单的问题。虽然日本某些裁判所采用类推解释的方法支持著作权人行使差止请求权,但这种做法并没有得到日本学说上的有力支持。由于立法构造的不同,在构成共同侵权的情况下,我国司法机关对共同侵权行为中的教唆者、帮助者一律判决承担停止侵害的民事责任的做法,是值得检讨的。

但是,就日本裁判所和学者对帮助侵权法理的应用来看,完全脱离了共同侵权形态,而去孤立地讨论帮助侵权的性质,以至于产生出了权利人对帮助侵权行为人是否可以行使差止请求权的问题,并在此基础上发展出了卡拉 OK 法理,以解决差止请求的问题。如此一来,也进一步导致了将帮助他人合法利用作品的帮助行为作为了一种独立的间接侵害行为处理的结果。其表现是:在诉讼中权利人只针对场所等提供者提起独立诉讼,法院也不再追加直接侵权行为人为被告,即法院不再将因帮助行为引起的诉讼作为必要共同诉讼处理。虽然共同侵权是否属于必要的共同诉讼理论界存在很大争论,但如果将帮助行为作为独立的侵权行为单独起诉,场所等提供者很容易通过“被帮助的侵权行为人和侵权行为究竟在哪里?”进行抗辩,这样一来,将场所等提供者的帮助行为作为独立的诉讼对待的做法就不无疑问。从后果上看,脱离共同侵权诉讼将帮助行为作为独立的诉讼处理,客观上也会使得场所等提供者承担过重的责任,这对产业的发展是非常不利的。

(三) 日本关于著作权间接侵害的判例和学说对我国的启示

虽然上述日本著作权间接侵害的判例、学说存在种种问题,但对我国仍然具有以下启示:

1. 立法论和解释论的区别。在日本,无论是实务界还是理论界,都严格注重法律适用、法律研究方法上立法论和解释论的区别。按照铃木贤教授的观点,立法论“就是从立法者的立场出发,

面向未来研究和思考最理想的法律,即思考和研究最理想的法条是什么,并进行具体的条文设计,这种讨论方式就是立法论。那么,何谓法解释论?那就是站在法官的立场,在现行法的框架内通过对现行法律进行逻辑推论,针对现实生活中发生的法律问题、法律纠纷等推导出最为妥善、最有说服力的结论,这种讨论方式就是法解释论。”^②

换句话说,立法论就是把自己假想成立法者、专挑现行法毛病、并在此基础上提出修改现行法意见的一种法律思维、法律研究、法律适用方法。解释论则是把自己假想成法官、比较策略地解释现行法、并在此基础上处理具体案件的一种法律思维、立法研究、法律适用的方法。立法论和解释论的具体区别在于:立法注重法律的应然,解释论注重法律的实然;立法论认为存在完美无缺的法律,解释论则认为不存在完美无缺的法律,只有解释得比较好的法律;立法论者是理性至上者,而解释论者不是理性至上主义者;立法论不注重案例的研究,而解释论非常注重案例的研究,以弥补法律的不足和漏洞。由于上述差别,铃木贤教授认为,在立法论的思维和方法支配下,能够培养出掌握政策组织立法这种能力的法律专家,却培养不出很好的法解释专家,而在解释论的思维和方法论支配下,虽然容易培养出法解释的专家,但难以培养出能够设计新法律制度的人才。

日本之所以产生著作权间接侵害、著作权人是否可以间接侵害行为行使差止请求权等问题,最主要的原因之一就在于日本法律界严格区分立法论和解释论。如上所述,日本著作权法虽然没有像日本专利法那样明确规定著作权间接侵害行为,但由于这个问题涉及到著作权人、产业界、公众三者之间的利益博弈关系,因此日本裁判所碰到有关著作权间接侵害的案件时,并没有简单粗暴地以著作权法没有明文规定为由而判决产业界的被告不侵权,而是根据案件的具体情况,在充分解释著作权法现有规定的基础上作出相应判决。这一方面通过法律解释补充了著作权法的不足,让案件得到了处理,另一方面则通过具体案件的判决给三方当事人特别是产业界提供了比较明确的行为预期,从而使三方当事人的利益处于相对平衡状态,也为著作权法在这个问题上的立法修正提供了宝贵的司法经验。虽然卡拉OK法理的解释方法存在过度扩张直接利用行为主体范围的嫌疑,帮助侵权法理中采用类推解释方法追究场所等提供者差止责任也可能对产业界和公众不利,但整体而言,日本严格区别立法论和解释论的思维和方法对于我国司法机关而言还是具有借鉴意义的。我国司法机关适用法律的情况往往是,没有法律明文规定或者规定不清楚的情况下,要么简单粗暴地驳回权利人的主张,要么随心所欲地对现有法律进行解释。这两种倾向都不利于新的情况下权利人、产业界、公众之间利益的平衡。我国理论界则过分注重立法论而忽视解释论,理论研究成果严重脱离司法实践,这既不利于为法律的适用提供理论指导,也不利于真正推动立法的进步。

2. 司法机关的角色定位问题。日本的司法机关不仅仅发挥着适用法律、处理案件的作用,而且发挥着通过解释法律处理案件进行行为指引、价值导向的作用。由于著作权间接侵害涉及著作权人、产业界、公众三者之间的利益,加上日本著作权法没有明确规定间接侵害行为,司法机关如何解释著作权法、作出何种判断就具有了重要的行为指引和价值导向作用。日本司法机关的做法是:尽量使著作权人、产业界、公众三者利益保持平衡。其具体做法是:如果某个有利于著作权人的判决事后对技术进步和产业发展钳制作用过大,再次发生类似案件时,裁判所就会根据具体案情通过应用不同法理作出一个相反的、有利于产业界的判决。相反的情况也是如此。上述第4、6、7、9个案件的判决可以清楚看出日本裁判所的这种做法。在这种角色定位支配下,日本的裁判官非常注重对其他裁判所相同性质案件判决的研究。这种注重裁判社会效果以及研究其他裁判所相同性质案

② 铃木贤:《中国的立法论与日本的解释论——为什么日本民法典可以沿用百多年之久》,载渠涛主编:《中日民商法研究》第二卷,法律出版社2004年版,第538页。

件判决的做法是非常值得我国司法机关和法官借鉴的。

3. 直接侵害与间接侵害本身的区别问题。日本区别直接侵害与间接侵害的真正意义在于,是否允许著作权人对间接侵害行为人行使差止请求权。如果允许著作权人行使差止请求权,不管这种差止请求范围的大小,事实上都可能意味着场所等提供者没有办法再向公众提供相应场所、工具、系统、服务。这样一来,上述案件中的文件交换技术、选录电视节目技术、电视电脑技术就难以得到应用,其后果就像上文已经反复提到过的,会妨碍技术进步和产业发达,让公众享受不到科技进步的先进成果。正是由于这个原因,日本学者之间在根据日本现有著作权法的规定著作权人是否有权针对间接侵害者行使差止请求权这个问题上存在巨大分歧,日本裁判所在判决间接侵害行为人承担差止责任时,也总是非常慎重。

我国在共同侵权理论支配下,加上民法通则采取民事责任为中心而非请求权为中心的规定,使司法机关得以根据共同侵权理论追究工具等提供者的责任,并且几乎无一例外判决场所等提供者承担停止侵害即停止侵权责任。采取共同侵权理论虽然由于以直接利用行为构成侵权行为为前提而缩小了场所等提供者侵权的范围,但对于构成共同侵权行为的场所等提供者不加区别地追究停止侵权责任的做法则不利于产业界和公众的利益。借鉴直接侵害与间接侵害分类的积极一面,认真研究差止请求权行使的条件、范围等问题,对于我国深化共同侵权理论研究具有非常重要的意义。

(四) 立法论上的问题: 应该如何解决著作权间接侵害问题

由于日本著作权法对著作权间接侵害缺少明确的法律规定,虽然日本裁判所在进行法律解释时总体上坚持比较谨慎的态度,但在创造判例心态的支配下,还是导致了同类案件出现了截然相反的判决结果,突出表现在上述第6个案件和第9个案件。这两个案件中,被告的行为基本是相同的,但同样是日本知识产权高等裁判所判决的案件,第6个案件中的原告被判决存在侵权可能,而第9个案件中的被告被判决行为合法,结果完全相反。这种司法结果不统一的局面,促使日本学者不得不去认真思考立法上应该如何解决著作权间接侵害问题,有些学者已经提出了一些想法。比如吉田克己教授认为,从立法论的角度而言,卡拉OK法理只应当适用于具有行为支配关系的案件,间接行为人为他人提供的是复制系统时,不但要求具备系统支配关系,而且要求具备利益性要件。^②田村善之教授认为,卡拉OK法理适用的主要范围还是应该限定在对直接利用行为具有人的支配关系的场合当中。如果具有人的支配关系,卡拉OK法理就只适用于以下情况:即只有那种根据自己意志决定是否从事违法行为的主体才拟制为直接利用行为主体。这样,合法决定的行为就不会因为他人的参与而转化为违法行为。在没有人的支配关系的情况下,对于为直接利用行为者提供装置和服务的行为,就不应该采用卡拉OK法理,而应像大阪地方裁判所对上述第3和第4个案件作出的判决那样,以直接利用著作权行为构成违法行为为前提,只对侵权专用品允许著作权人行使差止请求权,或者稍微放宽一下,对于多机能型的装置当其惟一用来进行著作权侵害时也允许著作权人行使差止请求权。这种方法由于仅仅规制法定的违法行为,因此可以对直接利用行为是否违法进行判断。^③其他学者也提出著作权间接侵害问题应该交给立法解决,但并没有提出具体的解决办法。^④

日本文部科学省文化审议会著作权分科会法制问题小委员会也一直在检讨这个问题,并于2006年1月和2007年7月发表了两次报告。2006年1月发表的报告在分析了采用卡拉OK法理判决的一系列判决和对帮助者允许差止请求的有关判决,以及欧盟、美国、英国的实际情况后,提出的

② 同注①,吉田克己文,第297-298页。

③ 同注①,田村善之文,第294-295页。

④ 同注②,第129-133页。

基本解决方法是,应该像日本专利法第101条第1款和第3款那样,在日本著作权法中规定,生产侵害著作权专用品的行为视为著作权侵害行为。但究竟什么是侵害著作权的专用品,2006年的报告并没有进一步的分析。2007年的报告则在批评卡拉OK法理适用的范围、可以差止请求的范围过于扩张的基础上,提出了四种解决方案。第一种方案是在日本著作权法第112条中明确规定,可以差止请求的范围不限于直接利用行为,对于直接利用行为以外的某些行为也允许著作权人行使差止请求权。第二种方案是,将著作权间接侵害行为作为一般的行为类型,规定为日本著作权法第113条中的视为侵害行为。第三种方案是,将著作权间接侵害行为的具体行为类型作为日本著作权法第113条的视为侵害行为加以规定。第四种方案是,新设规定,允许裁判所对著作权间接侵害行为人采取措施。2007年的报告在分析了每种方案优缺点的基础上,认为第二、第三种方案将著作权人的权利扩张到了著作权所不及的行为上,采取具体例举规定可能招致反对解释,采取一般规定则存在范围不明确的缺陷,因此比较理想的方案是上述第一种方案。在具体判断某种行为是否构成侵害行为时,2007年的报告又提出了四种方案。第一种方案是,通过管理支配性、侵权发生可能性及其认识两个要件进行综合判断。第二种方案是,通过是否符合与侵害结果之间具有相当因果关系的教唆或者帮助行为进行判断。第三种方案是,结合相当因果关系以及是否存在支配、管理关系进行判断。第四种方案是,以参与侵害行为的可能性和对参与行为的认识为标准进行判断。尽管如此,2007年的报告和2006年的报告一样,没有得出最终结论。但从现有迹象看,日本要出台新的立法恐怕还需较长时日。

那么,究竟应当如何解决场所等提供者侵害著作权的责任问题呢?如前所述,这个问题包括两种情况:一是为构成侵权行为的直接利用者提供工具等的行为人的著作权侵害责任;二是为构成合理使用的直接利用者提供场所等的行为人的著作权侵害责任。要找到这个方法的解决之道,首先必须弄清楚什么是共同侵权行为。

所谓共同侵权行为,是指数人共同不法侵害他人权利或利益的行为,是侵权行为的一种特殊形态。关于共同侵权行为的成立,学说上存在客观说和主观说。客观说认为,只要是两人以上进行的侵害他人权益并导致产生同一损害结果的行为,即使行为人之间没有主观意思联络,也构成共同侵权行为。主观说则认为,共同侵权行为的成立,不但加害人之间客观上必须有共同的加害行为,而且对该加害行为行为人主观上必须存在合谋或共同的认识,否则,只是单纯的加害行为竞合,不构成共同侵权行为。

我国司法解释在人身权侵害上持客观说。2004年最高人民法院发布的《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第三条规定,“二人以上共同故意或者共同过失,或者虽无共同故意、共同过失,但其侵害行为直接结合发生同一损害后果的,构成共同侵权”。第四条规定,“二人以上共同实施危及他人人身安全的行为并造成损害后果,不能确定实际侵害行为人的,应当依照民法通则第一百三十条规定承担连带责任。共同危险行为人能够证明损害后果不是由其行为造成的,不承担赔偿责任”。

可见,共同侵权行为包括共同加害行为和共同危险行为。所谓共同加害行为,是指两个或两个以上的行为人,基于共同故意或共同过失,或者虽无共同故意、共同过失,但其侵害行为直接结合发生同一损害结果,致使他人人身或财产遭受损害的行为。共同加害行为的行为人可以是共同实施侵权行为的人,如甲乙共同将丙打伤,也可以是其中一方是加害实施人,另一方是教唆、帮助人。所谓教唆人,是指通过语言或行为,怂恿、利诱他人实施侵权行为的人,教唆行为,是加害行为得以发生的主导原因,必然是行为人出于故意的行为。所谓帮助人,是指通过提供工具、给予鼓励的方式,从物质或精神上协助他人完成加害行为的人。帮助行为是侵权行为得以完成的辅助原因,可

以是出于故意,也可以是基于过失。无论是教唆行为还是帮助行为,都构成共同加害行为。我国《侵权责任法》第八条规定,二人以上共同实施侵权行为,造成他人损害的,应当承担连带责任。第九条规定,教唆、帮助他人实施侵权行为的,应当与行为人承担连带责任。教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为的,应当承担侵权责任;该无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人未尽到监护责任的,应当承担相应的责任。最高人民法院关于民法通则的司法解释第148条规定:教唆、帮助他人实施侵权行为的人,为共同侵权人,应当承担连带民事责任。教唆、帮助无民事行为能力人实施侵权行为的人,为侵权人,应当承担民事责任。教唆、帮助限制民事行为能力人实施侵权行为的人,为共同侵权人,应当承担主要民事责任。

根据上述有关共同侵权行为的基本规定和基本原理,究竟应该如何解决工具等提供者提供工具等的行为和著作权侵害之间的关系呢?笔者认为,应该分为以下两种情况:

1. 如果直接利用者的行为构成著作权侵权行为,按照解释论,由于我国著作权法未作出特别规定,因此目前我国只能在共同侵权行为的框架内解决工具等提供者提供场所等的行为是否构成著作权侵害的问题。具体来说又分为以下两种形态:(1)如果场所等提供者故意侵害著作权的直接利用行为提供工具等,则其行为和直接利用者的行为一起,构成共同加害型的共同侵权行为,应当与直接行为人承担连带责任,权利人既可请求赔偿,也可请求停止侵害。(2)场所等提供者提供工具时,虽无故意,但具有过失时,其提供行为同样和直接利用者的行为一起,构成共同加害型的共同侵权行为。其过失则通过以下两种方式进行判断:一是其提供的场所等具有惟一侵权作用时,推定场所等提供者具有主观过失;二是其提供的场所等具有多作用时,如果场所等提供者通过介绍、说明等诱发手段引诱直接利用者利用该场所实施侵权行为,推定场所等提供者具有主观过失。

2. 如果直接利用者的行为属于合理使用行为,按照解释论,场所等提供者的行为既不构成共同侵权行为,也不构成独立的侵权行为,因而必须寻求立法上的解决。具体方法有二:(1)针对提供作用惟一型场所等的行为,由于直接利用者(直接利用者的行为可能构成侵权,也可能不构成侵权)大量存在,从权利人诉讼经济的角度考虑,可以通过立法作出特别规定,将其视为独立的著作权侵权行为。这样特别规定的好处在于:无需像上述日本的卡拉OK法理那样,再去考察场所等提供者是否负有监管责任、是否从直接利用作品的行为中获得了利益,而只要考察该场所是否具有惟一的用于利用作品的作用就够了。相比前者,后者的判断要容易得多。(2)针对提供多作用型工具的行为,为了平衡场所等提供者、著作权人、利用者之间的利益关系,可以规定复制器具等的生产者或者提供者给著作权人或者邻接权人支付适当复制补偿金。^②

上述解决方法既严守了解释论和立法论之间的区别,也兼顾了产业界、权利人、社会公众三者之间的利益。按照知识产权法定主义的观点,^③以及我国民法现有的构造,从解释论的角度讲,对工具等提供者当然只能追究以直接利用著作权的行为构成侵权行为为前提条件的共同侵权责任,超过这个界限,追究场所等提供者侵害著作权的责任,不再属于司法权限范围内而属于立法权限范围内的事情,因而笔者总体上赞成上述田村善之教授和吉田克己教授的思路。

但是,从立法论的角度而言,虽然吉田克己教授和田村善之教授给卡拉OK法理和帮助侵权法理的适用设置了较为严格的条件,但由于场所等提供者需要承担差止责任,意味着场所等提供者不能再针对公众的使用行为提供场所、工具、系统或者服务,在现有公众无法掌握先进、复杂的复制技术的条件下,这意味着公众难以甚至无法享受到技术进步带来的好处,公众的利益将受到很大损

② 关于补偿金支付的标准、支付主体、支付程序、使用方法等是一个复杂问题,笔者将进行专题研究,此不赘述。

③ 参见李扬:《知识产权法定主义及其应用》,载《法学研究》2006年第2期。

害。另一方面,既然场所等提供者不能再提供场所、工具、系统、服务,也就意味着提供者新开发出来的先进复制器具等将无用武之地,这毫无疑问会影响到技术和产业的进步。所以说,通过完善这两个法理去解决著作权间接侵害问题并不是理想的办法。由于涉及到著作权人、产业界、公众三者之间的利益,著作权间接侵害问题的解决犹如在冰崖上求解生存之道,因此尤其需要慎重。笔者以为,这个问题要解决好,必须认识到以下两个前提性因素:

一是著作权间接侵害要解决的核心问题。虽然日本学者花费很多精力讨论著作权间接侵害中的帮助性侵权问题,但由于帮助侵权以直接利用行为构成侵权为前提,因此按照已有的共同侵权理论追究帮助者的停止侵害责任和损害赔偿责任,学说界和司法界早就达成了共识,因此并不是讨论的重点问题。真正的问题在于:在直接利用行为构成著作权法上的合法行为的情况下,场所等提供者的行为是否构成著作权侵害?是否应该承担停止侵害和赔偿损失的责任?

二是解决著作权间接侵害问题应该追求的价值目标。一是确保技术进步和产业发展。具体说来,要确保复制装置等先进技术装置能够生产出来并得到应用,从而促进技术进步和产业发展。这既是一个社会进步所必需的,也是知识产权法的首要趣旨。二是确保公众能够享受到技术进步所带来的便利。公众享受不到技术进步带来的便利的话,再先进的技术开发出来也是没有意义的。三是确保著作权人具备足够的创作激励。由于复制技术的数字化和信息传播的网络化,传统著作权法中受制于复制技术和传播手段的公众小范围利用著作权人作品不会对著作权人利益造成实质性影响的情况已经不复存在,大量的私人复制和传播已经对著作权人利益构成了实质性损害,在当今时代,著作权对他人自由造成的妨碍已经大为减缩,而著作权带给创作者的激励正在急剧减少,在这样的情况下,如果没有一种切实可行的机制确保著作权人创作的激励,著作权法确保有足够的作品被创作出来的趣旨就会落空。惟一能够满足上述目标的机制就是上述立法论提出的两种方法。

从上述的分析可以看出,场所等提供者的著作权侵权责任问题,应当放在共同侵权的框架内进行讨论,即使需要通过法律进行特别规定,也只能将具有惟一侵权作用的场所等提供行为视为侵害著作权的直接侵权行为。一句话,应当抛弃所谓著作权间接侵害行为、以及专利法所讲的专利权间接侵害行为和商标法中所讲的商标权间接侵害行为的似是而非的、含混不清的说法。

【主要参考文献】

1. [日] 吉田克己:《著作権間接侵害と差止請求》,载《新世代知的財産権法政策学の創成》,有斐阁 2008 年版。
2. [日] 田村善之:《著作権の間接侵害》,载《著作権法の新論点》,商事法务 2008 年版。
3. [日] 上野達弘:《いわゆる‘カラオケ法理’の再検討》,载《紋谷暢男教授古稀記念 知的財産法と競争法の現代的展開》,发明协会 2006 年版。
4. [日] 田村善之:《著作権法概説》,有斐阁 2001 年版。
5. [日] 高部真規子:《著作権侵害の主体について》,载《ジュリスト》1306 号。
6. [日] 佐藤丰:《著作物の適法利用のための手段提供の是非——ロクラクⅡ事件控訴審判決を題材に》,载《知的財産権法政策学》2009 年第 25 号。
7. [日] 田中富:《著作権侵害とこれに關与する者の責任》,载《コピーライト》2001 年第 485 号。《著作権の間接侵害=実効的司法救済の試み》,载《コピーライト》2004 年第 520 号。
8. 李扬:《知识产权法定主义及其应用》,载《法学研究》2006 年第 2 期。

(责任编辑:肖建国)