

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—

知財高判平成21・1・27平成20(ネ)10055

佐藤 豊

1. 事実の概要

Yは、テレビ放送を受信して録画し、当該録画データを顧客の端末に送信することでテレビ放送の録画を視聴させるサービスを提供する事業者である。

Yが提供するサービスは、Yの製造等に係るインターネット通信機能を有するハードディスクレコーダー「ロクラクⅡ」（以下、「ロクラクⅡ」という）を用いたものである。YはロクラクⅡに親機機能を持たせるファームウェアを導入したもの（以下、「親機ロクラク」という）と、子機機能を持たせるファームウェアを導入したもの（以下、「子機ロクラク」という）を準備した上で、親機ロクラクをYの事業所内に蔵置し、当該親機ロクラクと一対一対応の設定を行った子機ロクラクをサービスの利用者に貸し出して利用させている（当該設定を利用者が変更することはできない）。利用者がロクラクⅡを用いてテレビ放送を視聴する際には、手元の子機ロクラクから当該子機ロクラクに対応する親機ロクラクに向けて録画指令をe-mailで送信した上で親機ロクラクで所望の放送番組を録画した後、子機ロクラクから親機ロクラクへ録画データの送信指令を送信し、子機ロクラクで録画データを受信して視聴する。

一方、XらはNHKおよび在京キー局（以下、「東京局各社」という）と、静岡県域において放送免許を有する民間の放送事業者（以下、「静岡局各社」という）であり、Yの行為によって、東京局各社が有する放送番組の

著作権（複製権）ならびにNHKおよび静岡局各社が有する放送事業者としての著作隣接権（複製権）が侵害されているとして、Yに対して提供するサービスにおける放送番組の複製の差止めおよび親機ロクラクの廃棄、ならびに損害賠償の支払いを命ずる判決を求めて東京地裁に提訴した*1。

東京地裁はまず、著作権法にいう侵害行為者を決するにあたり、物理的な観点のみからみるのではなく、法律的な観点から侵害者として責任を負うべき主体と評価できるか否かを検討すべきであるとの前提に立ち、クラブキャッツアイ最高裁判決等を踏まえ、問題とされる行為の性質に基づいて、支配管理性、利益の帰属等の諸点を総合考慮して判断すべきとの一般論を示した。そのうえで、Yのサービスが利用者に日本のテレビ番組の複製物を取得させることを目的としていること、Yが親機ロクラクの設置場所を提供して管理支配することで、日本国外の利用者が格段に利用しやすい仕組みを構築し、親機ロクラクを東京都内や静岡県内において管理支配していることから、本件番組および本件放送に係る音又は映像の複製行為を管理支配していると認められるとともに、それによる利益を得ているものと認められるとして、Yをサービスにおける放送番組の複製の主体と法的に評価し、Xらの差止・廃棄請求を全部認容、損害賠償請求を一部認容した。

Yは判決を不服として知財高裁に控訴した。

2. 判旨

Xらの請求を棄却する趣旨で原判決を変更。

「…被控訴人らは、①本件サービスの目的、②機器の設置・管理、③親機ロクラクと子機ロクラクとの間の通信の管理、④複製可能なテレビ放送及びテレビ番組の範囲、⑤複製のための環境整備、⑥控訴人が得ている経済的利益を総合すれば、控訴人が本件複製を行っていることは明らかであ

*1 本案提訴に先立ち、Xらは平成18年5月17日に仮処分申請を行い、Yによる複製権侵害（著作権および放送事業者の権利）を認め本件サービスにおいてXらの番組および放送を複製および録音・録画の対象としてはならない旨の決定が出されている（東京地決平成19・3・30平成18(ヨ)22046 [ロクラクⅡ仮処分]）。

る旨主張するので、以下、…（認定した）事実関係等を前提に、本件サービスにおいて控訴人が本件複製を行っているものと認めることができるか否かについて、被控訴人らの上記主張に即して検討する。

ア 本件サービスの目的について

被控訴人らは、本件サービスの目的は、海外に居住する利用者を対象に日本国内で放送されるテレビ番組をその複製物により視聴させることのみにある旨主張する。

確かに、…（認定事実）によれば、本件サービスが、主として、海外に居住する者を対象として、日本国内で放送されるテレビ番組を受信・複製・送信して、海外での視聴を可能にするためのもの（日本国内で作成された複製情報を海外に移動させるもの）であることは明らかというべきである。

しかしながら、海外にいる利用者が親機ロクラクを自己管理する場合（この場合に、控訴人が本件複製を行っていないことは明らかである。）であっても、その目的は、日本国内で利用者自身が管理する親機ロクラクで国内で放送されたテレビ番組を受信・複製・送信し、これを海外で視聴可能にすることにあるのであるから、上記認定の本件サービスの目的と何ら変わりはないのである。もっとも、控訴人が親機ロクラクを管理する場合においては、他人である海外の利用者をしてテレビ番組の視聴を可能ならしめることを目的とする点で、当該利用者自身がテレビ番組の自己視聴を目的として親機ロクラクを自己管理する場合と異なるが、本件複製の決定及び実施過程への関与の態様・度合い等の複製主体の帰属を決定する上でより重要な考慮要素の検討を抜きにして上記の点のみをもって控訴人が本件複製を行っているものと認めるべき根拠足り得る事情とみることはできない。

イ 機器の設置・管理について

被控訴人らは、本件サービスにおいては、控訴人が、親機ロクラクとテレビアンテナ等の付属機器類とから成るシステムを一体として設置・管理している旨主張する。

しかしながら、被控訴人らが主張する上記事実は、控訴人が本件複製を行っているものと認めるべき事情たり得ない。その理由は、次のとおりである。

すなわち、本件サービスの利用者は、親機ロクラクの貸与を受けるなどすることにより、海外を含む遠隔地において、日本国内で放送されるテレビ番組の複製情報を視聴することができる。そのためには、親機ロクラクが、地上波アナログ放送を正しく受信し、デジタル録画機能やインターネット機能を正しく発揮することが必要不可欠の技術的前提条件となるが、この技術的前提条件の具備を必要とする点は、親機ロクラクを利用者自身が自己管理する場合も全く同様である。そして、この技術的前提条件の具備の問題は、受信・録画・送信を可能ならしめるための当然の技術的前提に止まるものであり、この技術的前提を基に、受信・録画・送信を実現する行為それ自体とは異なる次元の問題であり、かかる技術的前提を整備し提供したからといって直ちにその者において受信・録画・送信を行ったものということとはできない。ところで、親機ロクラクが正しく機能する環境、条件等を整備し、維持するためには、その開発・製造者である控訴人において親機ロクラクを設置・管理することが技術上、経済上、最も確実かつ効率的な方法であることはいまでもないところ、本件サービスを受ける上で、利用者自身が、その管理・支配する場所において親機ロクラクを自ら設置・管理することに特段の必要性や利点があるものとは認め難いから、親機ロクラクを控訴人において設置・管理することは、本件サービスが円滑に提供されることを欲する契約当事者双方の合理的意思にかなうものといえる。そして、そうであるからといって、前述したとおり、このことが利用者の指示に基づいて行われる個々の録画行為自体の管理・支配を目的とする根拠となり得るものとみることは困難であるし、相当でもない。

さらに、控訴人において親機ロクラクを管理する場合、控訴人においてその作動環境、条件等（テレビアンテナとの正しい接続等）を整備しない限り、親機ロクラクが正しく作動することはないのであるから、テレビアンテナ等の付属機器類を控訴人が設置・管理することも、本件サービスが円滑に提供されることを欲する契約当事者双方の意思にかなうものであることは前同様であるが、前同様の理由によりこれをもって利用者の指示に基づいて行われる個々の録画行為自体の管理・支配を目的とする根拠となり得るものとみることは困難であるし、相当でもない。

他方、本件サービスにおけるテレビ番組の録画及び当該録画に係るデー

タの子機ロクラクへの移動（送受信）は、専ら、利用者が子機ロクラクを操作することによってのみ実行されるのであるから、控訴人が親機ロクラクとその付属機器類を設置・管理すること自体は、当該録画の過程そのものに対し直接の影響を与えるものではない。

そうすると、控訴人が親機ロクラクとその付属機器類を一体として設置・管理することは、結局、控訴人が、本件サービスにより利用者に提供すべき親機ロクラクの機能を滞りなく発揮させるための技術的前提となる環境、条件等を、主として技術的・経済的理由により、利用者自身に代わって整備するものにすぎず、そのことをもって、控訴人が本件複製を実質的に管理・支配しているものとみることはできない。

ウ 親機ロクラクと子機ロクラクとの間の通信の管理について

被控訴人らは、親機ロクラクと子機ロクラクとの間の通信が控訴人の管理・支配の下に行われている旨主張し、その根拠として、①当該通信がhttpにより控訴人のサーバ等を経由して行われること、②当該サーバが録画予約及び番組データの送信のために控訴人が用意した専用サーバであること、③控訴人のサーバ等を経由するたびに、控訴人がID等による認証を行っていること、④当該通信を実行するロクラクⅡ及びそのファームウェアがすべて控訴人の開発・製造に係るものであり、控訴人の規定する方式（子機ロクラクの引渡後に変更が生じた場合の当該変更後の方式を含む。）によって当該通信が実行されること、⑤利用者が控訴人の規定する目的及び方法によるほかは当該通信機能を利用することができないことを挙げる。

しかしながら、上記①については、http（hyper text transfer protocol）を採用したメールシステムにおいて、サーバを管理する者が専らメール利用者の自発的意思に基づいて行われるメール通信を管理・支配しているとみること、技術常識に照らして困難であり、被控訴人らの主張は、独自の見解に基づくものであるといわざるを得ない…。

また、上記③については、被控訴人らの主張の趣旨が必ずしも判然としないが、同主張がメールクライアントによるサーバへのアクセスの際に行われる一般的な認証をいう趣旨であるとすれば、そのような認証は、メールシステムにおいて当然に行われるものであり、そのような認証が行われることをもって、サーバを管理する者がメール通信を管理しているものとみること、上記①と同様、技術常識に照らして困難であるから被控訴人

らの独自の見解であるというべきであるし、被控訴人らの主張がこれと異なる特別の認証をいう趣旨であるとするれば、本件サービスにおいてそのような認証が行われているものと認めるに足りる証拠はない。

さらに、上記①ないし⑤については、いずれも、利用者が親機ロクラクを自己管理する場合(すなわち、控訴人が本件複製を行っているものとみることができない場合)であっても生じる事態であることからみても、かかる主張をもって控訴人によるメール通信の管理・支配の根拠足り得ないことは明らかであるといわざるを得ない。

なお、…(認定事実の)とおり、控訴人は、先行仮処分決定(筆者注:東京地決平成19・3・30平成18(ヨ)22046 [ロクラク仮処分])の後、暫定的な措置として、同決定において複製禁止対象とされたテレビ番組を除外した控訴人作成の番組表を子機ロクラクが取得するとの新技術を開発し、本件サービスにおいて運用しているものであるが、このような事態は、本件サービスが本来的に予定するものではなく、控訴人も、先行仮処分決定を受けたことから、やむなく上記のような暫定的措置を採ったものと認められる…から、控訴人がそのような措置を暫定的に採ったことをもって、これを、控訴人が親機ロクラクと子機ロクラクとの間の通信を管理・支配しているとの事情とみるのは相当でない。

その他、控訴人が親機ロクラクと子機ロクラクとの間の通信を実質的に管理・支配しているものと認めるに足りる証拠はない。

エ 複製可能な放送及びテレビ番組の範囲について

被控訴人らは、①本件サービスにおいて録画可能な放送が、控訴人が親機ロクラクを管理する場所…において受信される地上波アナログ放送に限定されていること、②本件サービスにおいて録画可能なテレビ番組が、控訴人のサーバから控訴人により提供される番組表に記載されたものに限定されていることをもって、控訴人が本件複製を管理・支配している旨主張する。

しかしながら、本件サービスにおいて録画可能な放送が、親機ロクラクにより受信することができるものに限定されるのは当然のことである(テレビ放送の受信がなければ、その録画はあり得ない。)ところ、テレビチューナーを備えた機器において、当該機器により受信することのできるテレビ放送が当該機器の設置場所により制限されるのは、親機ロクラクに限

らず、すべての機器に当てはまることであるから、上記①をもって、本件サービスにおいて録画可能な放送の範囲の限定が控訴人により行われているものとみることはできない。

また、上記②については、利用者が親機ロクラクを自己管理する場合(すなわち、控訴人が本件複製を行っているものとみることができない場合)であっても同様に生じる事態を指摘するものにすぎない。

以上からすると、被控訴人らが主張する上記事実をもって、控訴人が本件複製を実質的に管理・支配しているものとみることができない。

オ 複製のための環境整備について

被控訴人らは、①本件サービスにおいては、子機ロクラクを用い、これが示す手順に従わなければ、親機ロクラクにアクセスしてテレビ番組の録画や録画されたデータのダウンロードを行うことができず、また、②控訴人は、親子機能を実現するための特別のファームウェアを開発して、これを親子ロクラクに組み込み、かつ、控訴人のサーバ等を経由することのみによって録画予約等が可能となるように設定しており、さらに、③親子ロクラクは、本件サービス又はこれと同種のサービスのための専用品とみることができる旨主張する。

しかしながら、これらの事情は、いずれも、利用者が親機ロクラクを自己管理する場合(控訴人が本件複製を行っているものとみることができない場合)であっても同様に生じる事態を指摘するものにすぎないから、これらの事情をもって、控訴人が本件複製を実質的に管理・支配しているものとみることができない。

カ 控訴人が得ている経済的利益について

被控訴人らは、控訴人が、①初期登録料(3000円)、②毎月のロクラクIIのレンタル料(本件Aサービスにつき8500円、本件Bサービスにつき6500円)、③毎月の『ロクラクアパート』の賃料(2000円)の名目で、利用者から本件サービスの対価を受領している旨主張する。

しかしながら、本件サービスは、機器(親子ロクラク又は親機ロクラク)自体の賃貸借及び親機ロクラクの保守・管理等を伴うものであるから当然これに見合う相当額の対価の支払が必要となるところ、…(認定事実)によれば、上記①及び②の各金員は、録画の有無や回数及び時間等によって何ら影響を受けない一定額と定められているものと認められるから、当該

各金員が、当該機器自体の賃料等の対価の趣旨を超え、本件複製ないしそれにより作成された複製情報の対価の趣旨をも有するものとまで認めることはできず(なお、被控訴人NHKの番組を視聴する場合には、上記の料金とは別に受信契約の締結が必要となる旨控訴人サイトに記載されている。)、その他、当該各金員が本件複製ないしそれにより作成された複製情報の対価の趣旨をも有するとまで認めるに足りる証拠はない。

また、仮に、控訴人が上記③の金員を受領しているとしても、それが、『ロクラクアパート』の賃料の趣旨を超え、本件複製ないしそれにより作成された複製情報の対価の趣旨をも有するとまで認めるに足りる証拠はない。

以上からすると、控訴人が上記①ないし③の各金員を受領しているとの事実をもって、控訴人が本件複製ないしそれにより作成された複製情報の対価を得ているものということとはできない。

キ 小括

以上のとおり、被控訴人らが主張する各事情は、いずれも、控訴人が本件複製を行っているものと認めるべき事情ということとはできない。

加えて、…親子ロクラクの機能、その機能を利用するために必要な環境ないし条件、本件サービスの内容等に照らせば、子機ロクラクを操作することにより、親機ロクラクをして、その受信に係るテレビ放送(テレビ番組)を録画させ、当該録画に係るデータの送信を受けてこれを視聴するという利用者の行為(直接利用行為)が、著作権法30条1項(同法102条1項において準用する場合を含む。)に規定する私的使用のための複製として適法なものであることはいうまでもないところである。そして、利用者が親子ロクラクを設置・管理し、これを利用して我が国内のテレビ放送を受信・録画し、これを海外に送信してその放送を個人として視聴する行為が適法な私的利用行為であることは異論の余地のないところであり、かかる適法行為を基本的な視点としながら、被控訴人らの前記主張を検討してきた結果、前記認定判断のとおり、本件サービスにおける録画行為の実施主体は、利用者自身が親機ロクラクを自己管理する場合と何ら異ならず、控訴人が提供する本件サービスは、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ものというべきである。

かつて、デジタル技術は今日のように発達しておらず、インターネットが普及していない環境下においては、テレビ放送をビデオ等の媒体に録画した後、これを海外にいる利用者が入手して初めて我が国で放送されたテレビ番組の視聴が可能になったものであるが、当然のことながら上記方法に由来する時間的遅延や媒体の授受に伴う相当額の経済的出費が避けられないものであった。しかしながら、我が国と海外との交流が飛躍的に拡大し、国内で放送されたテレビ番組の視聴に対する需要が急増する中、デジタル技術の飛躍的進展とインターネット環境の急速な整備により従来技術の上記のような制約を克服して、海外にいながら我が国で放送されるテレビ番組の視聴が時間的にも経済的にも著しく容易になったものである。そして、技術の飛躍的進展に伴い、新たな商品開発やサービスが創生され、より利便性の高い製品が需用者の間に普及し、家電製品としての地位を確立していく過程を辿ることは技術革新の歴史を振り返れば明らかなところである。本件サービスにおいても、利用者における適法な私的利用のための環境条件等の提供を図るものであるから、かかるサービスを利用する者が増大・累積したからといって本来適法な行為が違法に転化する余地はなく、もとよりこれにより被控訴人らの正当な利益が侵害されるものでもない(下線は筆者による。以下同様。)

したがって、本件サービスにおいて、著作権法上の規律の観点から、利用者による本件複製をもって、これを控訴人による複製と同視することはできず、その他、控訴人が本件複製を行っているものと認めるに足りる事実の立証はない。

なお、クラブキャッツアイ事件最高裁判決は、スナック及びカフェを経営する者らが、当該スナック等において、カラオケ装置と音楽著作物たる楽曲が録音されたカラオケテープとを備え置き、ホステス等の従業員において、カラオケ装置を操作し、客に対して曲目の索引リストとマイクを渡して歌唱を勧め、客の選択した曲目のカラオケテープの再生による演奏を伴奏として他の客の面前で歌唱させ、また、しばしば、ホステス等にも、客とともに又は単独で歌唱させ、もって、店の雰囲気作りをし、客の来集を図って利益を上げることを意図していたとの事実関係を前提に、演奏(歌唱)の形態による音楽著作物の利用主体を当該スナック等を経営する者らと認めたものであり、本件サービスについてこれまで認定説示してき

たところ⁹に照らすならば、上記判例は本件と事案を異にすることは明らかである。」

3. 検討^{*2}

3.1. 序

ロクラクⅡのようなテレビ放送の録画・転送サービスに関しては、サービスの内容があらかじめ録画・送信機器を準備して斉一的かつ効率的に大量の私的複製や私的な送信を誘発するような場合には、1台のそうした機器が複数の顧客の利用に供されているケース^{*3}は言うに及ばず、そうした機器1台1台が利用者に割り当てられていたとしても、複製や送信の行為主体がサービス提供者と評価されて侵害が肯定される^{*4}というのが、従来の裁判例であり、非侵害とされるのは、単に市販品を用いるのみでサービス提供者が独自の専用品をサービスに用いないような、サービス提供者の関与が薄い場合^{*5}に限られていた。

これらの事例における個々の利用行為自体は、行為の主体が私人であるユーザと評価されれば私的複製や公衆を対象としない送信であり、権利者の許諾を要しない適法行為となる。

ロクラクⅡ事件控訴審判決以前から、同事件のサービス提供者のように

^{*2} 本稿に先立ち、ロクラクⅡ事件控訴審判決に評釈を加えるものとして、岡邦俊「判批」JCAジャーナル56巻3号(2009年)62頁、帖佐隆「判批」パテント62巻6号(2009年)29頁、早川篤志「判批」パテント62巻11号(2009年)120頁。

^{*3} 大阪地決平成17・10・24平成17(ヨ)20004 [選撮見録仮処分]、大阪地判平成17・10・24判時1911号65頁 [同本案一審]、大阪高判平成19・6・14判時1991号122頁 [同控訴審]。

^{*4} 東京地決平成16・10・7判時1895号120頁 [録画ネット仮処分]、東京地決平成17・5・31平成16(モ)15799 [同異議審]、知財高決平成17・11・15平成17(ラ)10007 [同抗告審]、前掲東京地決 [ロクラクⅡ仮処分]、東京地判平成20・5・28判時2029号125頁 [同本案一審]。

^{*5} 東京地決平成18・8・4平成18(ヨ)22022 [まねきTV仮処分]、知財高決平成18・12・22平成18(ラ)10009 [同抗告審]、東京地判平成20・6・20平成19(ワ)5765 [同本案一審]、知財高判平成20・12・15判時2038号110頁 [同控訴審]。

直接著作物を利用せず当該利用を誘発するに止まる者の責任に関しては、いわゆる著作権の「間接侵害」の問題として議論が活発に行われ、関連する裁判例も多数存在している^{*6}。

これまでの裁判例で著作物等の個別の利用行為のための手段を提供する者の責任を追及するために用いられてきた手法として、(1)個別の利用行為が直接侵害となることを前提に、そうした行為のための手段を提供する者を共同不法行為者と評価して民法719条の損害賠償責任を認める手法^{*7}、(2)個別の利用行為のための手段を提供する者を当該利用行為の主体と法的に擬制し、直接侵害者としての責任を課す手法^{*8}、(3)(1)と同様、個別の利用行為が直接侵害となることを前提に、そうした行為のための手段を提供する者を共同不法行為者と評価した上で、著作権法112条の「侵害のおそれのある者」として差止めを認める手法^{*9}がある。

(1)の手法では伝統的な民法の理論に従う限り差止めが不可能であって紛争の実効的解決には不十分であること、(3)の手法は解釈論の枠内に止まるものか疑問である^{*10}等の問題点が指摘されている。また、(1)と(3)の手法では、そもそも個々の利用行為自体が直接侵害であることが前提とな

^{*6} 最近の主要な研究として、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)114頁、上野達弘「いわゆる『カラオケ法理』の再検討」紋谷暢男教授古稀記念論文集刊行会編『知的財産権法と競争法の現代的課題』(2006年、発明協会)781頁、潮見佳男「著作権侵害における『間接侵害』の法理」コピライト2007年9月号(2007年)2頁、田村善之「著作権の間接侵害」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『著作権法の新論点』(2008年、商事法務)259頁、吉田克己「著作権の『間接侵害』と差止請求」田村善之編著『新世代知的財産法政策学の創成』(2008年、有斐閣)253頁、作花文雄「放送番組の録画・配信サービスと著作権制度—私的利用と業的利用の境界領域の秩序形成—」コピライト2009年4月号(2009年)33頁、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」コピライト2009年10月号(2009年)2頁。

^{*7} 最判平成13・3・2民集55巻2号185頁 [ナイトパブG7上告審]。

^{*8} 最判昭和63・3・15民集42巻3号199頁 [クラブキャッツアイ上告審]。

^{*9} 大阪地判平成15・2・13平成14(ワ)9435 [ヒットワン]、東京高判平成17・3・3平成16(ネ)2067 [ファンブック罪に濡れたふたり控訴審]、前掲大阪地決 [選撮見録仮処分]、前掲大阪地判 [同本案一審]。

^{*10} 高部・前掲注(6)128頁。

るため、個々の物理的な行為自体に私的使用のための複製等の制限規定の適用がある場合には、そうした行為を誘発したり手段を提供する者が問責されることはない。対して、(2)の手法は個々の行為の主体そのものをサービス提供者と法的に評価し、サービス提供者に対して直接侵害者としての責任(差止めと損害賠償の双方)を追及するものである。このため、個別の利用行為が侵害行為であることを前提としなければならない(1)や(3)の手法とは異なり、私人であるユーザによって為されていれば物理的な行為自体が制限規定等により適法となる場合であっても、行為主体がサービス提供者と擬制されることで制限規定の適用が回避され、適法行為を違法行為へと転換する機能を有している。

最高裁は、カラオケスナックの店内で来客が行うカラオケ歌唱が問題となったクラブキャッツアイ事件において(2)の手法を採用し、物理的な行為自体が適法行為であるにもかかわらず、法的な行為主体をカラオケスナック店と擬制して制限規定の適用を回避し、侵害を肯定したのである^{*11}。同事件の判決において最高裁は、従業員が客に歌唱を勧誘した上でカラオケ装置を操作する等して客の歌唱を管理し(いわゆる「管理性」)、客に歌唱させることで店の雰囲気醸成する等して利益を得ていること(いわゆる「利益性」)を考慮要素^{*12}として飲食店における歌唱の主体を経営者と

^{*11} クラブキャッツアイ事件最高裁判決は、来客がカラオケスナック店において歌唱する場合であっても、来客は、店主とは無関係に歌唱しているわけではなく、カラオケ店の従業員の勧誘やカラオケ店が設置したカラオケテープの範囲内での選曲、従業員によるカラオケ装置の操作を通じて、店主の管理の下に歌唱しているとし、他方、店主は来客の歌唱をも店の営業政策の一環として受け入れ、これを利用してカラオケスナックとしての雰囲気を醸成し、そのような雰囲気を好む来客を誘引して営業上の利益を増大することを企図していたとして、来客による歌唱も著作権法の規律の観点からは店主の歌唱と同視しうるとした。

^{*12} クラブキャッツアイ事件最高裁判決の文言からは、「管理」と「営業上の利益の帰属」の二つの考慮要素が、利用行為の主体を評価するための「要件」として評価されているとまでは言い難く、これらの考慮要素が存在しないことが即、直接の行為者以外の者を利用行為の主体として評価できないことにはならないとおもわれる(2007年6月20日 CRIC 著作権研究会における潮見佳男教授(京都大学大学院法学研究科)の発言による)。この点、拙稿(佐藤豊「著作物利用のための手段を提

擬制して著作権侵害を肯定した(いわゆるカラオケ法理)。カラオケ法理を用いれば、物理的な利用行為が私的複製や非営利かつ無償の上演等に当たる場合など、それ単独では適法な行為とされる場合であっても、私的複製や非営利かつ無償の上演の要件を充足しないよう行為者を法的に擬制し、適法行為を違法行為に転換することによって、私的複製や非営利かつ無償の上演等の行為を大量に誘発する行為を侵害行為として捕捉することが可能となる^{*13}^{*14}。また、直接侵害と評価されることとなるため、差止め

供する者に対する差止め」知的財産法政策学研究2号(2004年)77頁および佐藤豊「判批」知的財産法政策学研究15号(2007年)265頁)における「要件」としての理解を改める。

^{*13} 茶園成樹「著作物の利用行為は誰が行っているのか」コピーライト2001年9月号(2001年)1頁、上野・前掲注(6)788頁。

^{*14} そもそも、クラブキャッツアイ事件最高裁判決で示されたカラオケ法理の射程については、学説上も争いがあり一致した見解が見いだされているわけではない。クラブキャッツアイ事件では、カラオケスナックでの客の歌唱自体は非営利かつ無償で行われており、著作権法38条1項により演奏権侵害の対象外となる。くわえて、カラオケスナックにおけるカラオケテープの再生に関しても、1999年著作権法改正前の著作権法附則14条(現在は削除)で適法録音物を再生して行われる公の演奏については演奏権侵害から外されていたため、共同不法行為の基礎となる不法行為が存在しなかった。この点を捉え、紛争の実効的解決のためには、カラオケ法理が有する適法行為を違法行為に転換する側面を致し方なしとする見解も想定されるところ、クラブキャッツアイ事件最高裁判決に付された伊藤正己裁判官の意見は、「…カラオケ演奏については、…カラオケ伴奏による歌唱の面で捉えるのではなく、…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のが相当である」と考える。著作権法…附則14条は、適法に録音された音楽の著作物の演奏の再生については、…営利を目的として音楽の著作物を使用する事業で政令で定めるものを除き…(侵害と評価しない旨規定しており)、これを受けて著作権法施行令…附則3条1号は、…『政令で定める事業』として、『…客に飲食をさせる営業で、客に音楽を鑑賞させることを営業の内容とする旨を広告し、又は客に音楽を鑑賞させるための特別の設備を設けているもの』を挙げているところ、…カラオケ装置は、カラオケテープを再生することにより客がこれを伴奏として公衆に直接聞かせるべく歌唱するための特別の設備であるから、かかる予定のもとにスナック等カラオケ装置を設置することは、…『客に音楽を鑑賞させるための特別の設備を設けているもの』そのものに当たるといえることはできないとしても、これに準ずるものと

ついても可能となる。

クラブキャッツアイ事件最高裁判決のこの説示は、その後のカラオケ関係の事件において踏襲されている^{*15}。くわえて、カラオケ以外の事例に關しても、バレエの公演の主催者を上演の主体と認めた裁判例^{*16}や、レストランカフェと銘打ち、来客のリクエストに応じて従業員にピアノ演奏をさせたり、店をライブ開催を希望する顧客に貸し出し、必要に応じて音響機器等の操作を従業員に行わせる等した店の経営者につき、ピアノ演奏および開催されたライブにおける演奏の主体と認めた裁判例において^{*17}も用いられており、カラオケ以外にもカラオケ法理の射程が及ぶものと考えられるようになった^{*18}。

これらの事例は、いずれも被疑侵害者と実際の行為者との関係が、カラオケ店主とその顧客という相対的に人的関係が密な事例である。これらの裁判例においては、現実の行為者による物理的な「行為」に対する管理^{*19}

して、営利目的のカラオケ装置によるカラオケテープの再生については著作権法附則14条による…(権利制限)は働かないものと解するのが相当である」としている。このことからすれば、クラブキャッツアイ事件最高裁判決は、すくなくとも個々の物理的な行為が適法行為であることが疑いない事例に対しては最高裁が射程を遮断して別の構成を採用しようとする判例であるということもできよう。

^{*15} 高松地判平成3・1・29判タ753号217頁 [まはらじゃ]、大阪地判平成6・3・17知裁集29巻1号230頁 [魅留来一審]、大阪高判平成9・2・27知裁集29巻1号213頁 [同控訴審]、大阪地判平成6・4・12判時1496号38頁 [大阪カラオケスナック刑事]、東京高判平成11・11・29平成11(ネ)2788 [ナイトパブG7控訴審]、前掲最判 [同上告審]。

^{*16} 東京地判平成10・9・9知裁集30巻4号841頁 [我々のファウスト]。

^{*17} 大阪地判平成19・1・30平成17(ワ)10324 [レストランカフェ・デサフィナード一審]、大阪高判平成20・9・17平成19(ネ)735 [同控訴審]。

^{*18} 田村善之「検索サイトをめぐる著作権法の諸問題(2)一寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等」知的財産法政策学研究17号(2007年)86頁。

^{*19} クラブキャッツアイ事件最高裁判決にいう「管理」の対象は物理的な行為を実際に行う「人」であり、その後のカラオケ法理の転用に伴って管理の対象が「行為」へ遷移したとする指摘がある(奥邨弘司「変質するカラオケ法理とその限界についての一考察」情報ネットワーク・ローレビュー6巻(2007年)42頁、奥邨・前掲注(6)11頁)。

の有無が、侵害主体を擬制する際の考慮要素とされてきた。

その後、カラオケ法理は転機を迎えた。上記のような被疑侵害者と実際の行為者との人的関係が密な場合を越えて、単に物理的な行為のための「手段」を提供するに止まる者の責任が問題となった事例である、ファイルログ事件^{*20 *21 *22}にカラオケ法理が転用されたのである(「システム提

しかし、クラブキャッツアイ事件最高裁判決以前の事件である中部観光事件(名古屋高決昭和35・4・27下民集11巻4号940頁[中部観光間接強制即時抗告審])では、管理の対象は「人」そのものであったのに対し、クラブキャッツアイ事件で管理の対象が人を介した「行為」へと変容したと評価すべきかもしれない。中部観光事件は、キャバレーで来客を相手に実際に演奏を行っていた楽団ではなく、当該楽団に楽曲を指定する等して演奏を行わせていた店主が被疑侵害者とされた事例である。中部観光事件では、物理的な行為者である楽団とキャバレー店主との人的関係がいわば「手足」ともいえるほど密であり、楽団に対して差止めや損害賠償を命じたところで、演奏についての決定権はキャバレー店主にあるのであって、楽団をして判決効と決定権者からの指揮命令との間で板挟みに遭わせることになる(田村善之『著作権法概説』(2001年、第2版、有斐閣)178頁、佐藤・前掲注(12)著作物利用83頁)。対して、クラブキャッツアイ事件での物理的な行為者である来客と店主との人的関係はそこまで密では無く、店主が手配するカラオケ装置の範囲内でのカラオケ楽曲の提供や従業員による歌唱への誘引はあったものの、最終的には来客に歌唱を行うか否かの意思決定の余地があり、前に指摘したような板挟みの問題は生じない。故に、クラブキャッツアイの店主は「人」を管理していたとまではいえないのではなかろうか。

^{*20} 東京地決平成14・4・11判時1780号25頁 [ファイルログ著作権仮処分]、東京地判平成15・1・19平成14(ワ)4237 [同一審中間判決]、東京高判平成17・3・31平成16(ネ)405 [同控訴審]。

^{*21} ファイルログ事件でのファイル交換のステップは以下の通りである。(1)サービス利用者はサービス提供者のウェブサイトへアクセスして専用ソフトウェアをダウンロードして自らのパソコンにインストールする。(2)専用ソフトウェアにファイル交換を希望するファイルが蔵置されたフォルダを設定した後、専用ソフトウェアを用いてサービス提供者がカナダにおいて運営する中央サーバへアクセスし、専用ソフトウェアは、前記フォルダに蔵置されたファイルのリストを中央サーバに送信する(この時点で専用ソフトウェアが起動してパソコンがインターネットに接続している間は、前記フォルダに蔵置されたファイルは他の利用者の求めに応じて送信可能な状態となり、サービス利用者による私的複製とならない複製ならびに送

供型^{*23}」の登場)。

ファイルログ事件では、被疑侵害者と実際の行為者との人的関係が疎である事例に対してカラオケ法理を転用したために、行為主体を法的に抑制する際の考慮要素が、従前の人的関係が密な事例におけるそれとは異なるものに変容している。ファイルログ事件の控訴審判決では、被疑侵害者はユーザが無許諾でMP3ファイル(音楽著作物の複製物である電子ファイル)を送受信する際に用いるファイル交換サービスを一体的に提供しており、必要に応じてサービスによって送受信されるファイルの所在および内容を把握可能であり、必要に応じて送受信を制限可能であること等から、サービスにおける送受信の対象となるファイルの内容を管理する権能がサービス提供者にある旨指摘して、サービス提供者を侵害主体と抑制する際の考慮要素としている。このことは、クラブキャッツアイ最高裁判決において被疑侵害者の管理の対象が物理的な「行為」であったことは対照的であり、管理の対象が行為に供される「手段(システム)」に変容したと評価できよう^{*24 *25 *26 *27}。

信可能化が成立)。(3)この状態で利用者が専用ソフトウェアの検索窓に入手したいファイルのファイル名を入力すると、専用ソフトウェアは中央サーバに蓄積された全ユーザのファイルリストの中から検索し、当該利用者に送信可能なファイル名等の一覧を表示する。(4)利用者は一覧の中から所望のファイルを選択し、当該ファイルが蔵置されたパソコンに専用ソフトウェアから送信要求を送信する。(5)送信要求を受けたパソコンは、当該利用者のパソコンに当該ファイルを直接送信する(当該利用者が専用ソフトウェアを起動している間は他の利用者の求めがあれば前記フォルダ内のファイルを他の利用者に送信することになる(自動公衆送信)。

^{*22} レコード制作者の送信可能化権についても、別訴で同様の論理構成で侵害主体がサービス提供者と抑制されている(東京地決平成14・4・9判時1780号71頁[ファイルログ著作隣接権仮処分]、東京地判平成15・1・29平成14(ワ)4249[同一審中間判決]、東京高判平成17・3・31平成16(ネ)446[同控訴審])。

^{*23} 吉田・前掲注(6)276頁。

^{*24} 吉田・前掲注(6)279頁。

^{*25} このことは、物理的な行為者と被疑侵害者との人的関係が物理的な行為のための手段の提供を介したものに止まる事例について、裁判所が「カラオケ法理」を適用していることの論理的帰結であろう。管理の対象が人の「行為」ではなく物的な「手段」に変容することで、新たに以下の問題が生じる。すなわち、「行為」を管理

ファイルログ事件における物理的な行為は無許諾の公衆送信であつ

ているのであれば管理者は現実の物理的行為に対する認識を有していることが明らかとなるため、「カラオケ法理」が「行為」の管理性を考慮要素としている間は、管理性は事実上の「主観的要件」としても機能していた。対して、単に「手段」を提供する場合には、提供された「手段」によって行われるすべての物理的な行為について手段提供者が認識を有しているとは限らない。手段提供者にそのような認識を管理性の考慮要素を斟酌する際に問うのか(≒主観的要件類似のものを設定するのか)、問うとしてどの程度問うのか、認識を示す間接的な事情として提供される物的手段の性質等(「にのみ」or「不可欠」)が新たに斟酌されるべきなのか等々、新たな問題が発生することになる。

^{*26} ファイルログ事件の仮処分決定は、被疑侵害者はユーザが無許諾でMP3ファイル(音楽著作物の複製物である電子ファイル)を送受信する際に必要不可欠なクライアントソフト(ユーザが自己の端末にインストールして使用)や中央サーバ(ユーザがクライアントソフトがインストールされた端末からアクセスして使用)を提供していた点、上記クライアントソフトの簡単な操作によってユーザが別ユーザのIPアドレス等を認識することなくファイルの送受信が可能となるよう、被疑侵害者によって環境整備が為されている点、サービスの利用方法に関する説明が被疑侵害者のウェブサイトに掲載されており、殆どのユーザが同説明を参照してサービスを利用している点(被疑侵害者による「行為」への誘因)を侵害主体を抑制する際の考慮要素とした。仮処分決定の段階では、未だシステムの管理に着目したとは言い難く、あくまでユーザの「行為」に着目した管理の有無を斟酌したものとおもわれる。

^{*27} クラブキャッツアイ最高裁判決でもう一方の考慮要素であった被疑侵害者への営業上の利益の帰属について、ファイルログ事件控訴審判決は、ユーザがファイル交換サービスを利用するために必要な専用ソフトウェアを被疑侵害者のウェブサイトから最初に入手する際に閲覧する可能性のある広告バナーから得られる利益や、訴訟提起時には無料で供されていたファイル交換サービスを将来有料化等した際の潜在的利益といった、利用行為の数と直接対応関係のない利益をも考慮要素に追加しており、被疑侵害者の行為に起因する営業上の利益の存否については考慮要素として重視されなくなっていく。

学説においても、カラオケ法理において当該物理的な行為から利益を得ていること(利益性)を考慮要素とする意義については疑問が呈されており、当該物理的な行為自体がすでに侵害行為である場合に、当該侵害行為を誘発する行為を停止させるために何故利益性を問わねばならないのかが不明であると指摘されている(田村・前掲注(19)178頁)。

たため、侵害主体を擬制しなくとも違法行為そのものが存在していた事例であった。それゆえ、クラブキャッツアイ事件のように「カラオケ法理」によって適法行為を違法行為へと転換することは行われなかったといえる。

しかし、物理的な行為が制限規定等により適法行為と評価されうる場合に、そうした行為のための「手段」を提供する者の責任が問題となる事例についても、カラオケ法理を転用して当該行為のための手段を提供する者を行為主体と法的に評価した結果、制限規定の適用の要件を満たさず侵害を肯定する事例が登場した。ロクラクⅡ事件をはじめとする、主として海外在住の邦人をターゲットにインターネット回線を経由してテレビ放送を視聴可能にするサービスの提供に関する事例がこれに位置づけられる。

以下では、テレビ放送波を受信した上で、インターネット回線等で接続された別端末で視聴可能とするサービスの提供行為が問題となった裁判例を紹介し、一連のロクラクⅡ事件控訴審判決以前の裁判例の分析から見いだした分水嶺につき述べた上で、ロクラクⅡ事件控訴審判決の位置づけおよび射程を論ずることとしたい。

3.2. ロクラクⅡ事件控訴審判決以前の裁判例

3.2.1. 録画ネット事件^{*28}

録画ネット事件は、主として海外在住の邦人をターゲットに、海外に居ながらにして日本のテレビ番組の視聴を可能とするサービスの是非が争われた最初の事例である。サービスの利用者は、各自の手元にあるインターネット回線に接続されたパソコンから日本に設置されたテレビチューナー付きパソコン(テレビパソコン)にアクセスし、テレビパソコンにテレビ番組の録画予約指令を行ってテレビ番組をテレビパソコンのハードディスクに録画した後、録画されたテレビ番組のデータを利用者の手元の

^{*28} 前掲東京地決「録画ネット仮処分」、前掲東京地決「同異議審」、前掲知財高決「同抗告審」。主要な評釈のうち、仮処分決定に関するものとして、小倉秀夫「判批」Lexis判例速報5号(2006年)128頁。抗告審決定に関するものとして、平田真己「判批」大阪府立大学経済研究51巻4号(2006年)145頁、茶園成樹「判批」小松陽一郎先生選歴記念論文集刊行会編『最新判例知財法』(2008年、青林書院)705頁。

パソコンに送信するよう指令し、各自の手元にあるパソコンで受信したテレビ番組のデータを再生して視聴する。この事件では、利用者毎に割り当てられたテレビパソコンが、テレビ番組の録画と送信が可能な状態でサービス業者の事務所に設置されており、利用者がテレビパソコンにアクセスするためにはサービス業者のウェブサイトでのユーザ認証を経なければならず、テレビ番組の録画予約をしたり、録画された番組のデータを利用者のパソコンに送信させるためには、テレビパソコンにアクセスした上で、テレビパソコンにインストールされたサービス業者作成のオリジナルのソフトウェアを用いる必要があった^{*29}。

仮処分およびその異議審の東京地裁、抗告審の知財高裁とも、放送事業者による複製権侵害に基づくサービス提供者に対する責任を認めた。

東京地裁は仮処分決定で、録画ネットのシステムにおける複製の主体の評価に際して、当該複製に対するサービス業者の関与の程度とサービスの利用者の関与の程度とを比較考量して決すべきとの一般論を提示した。そのうえで、録画ネットサービスにおけるユーザがテレビパソコンにおいて複製を行う際には、サービス提供者作成のソフトウェアを使用してサービス提供者が運営するウェブサーバを経由してテレビパソコンにアクセスする必要があり、アクセスした後もユーザが行うのはサービス提供者作成のソフトウェアの動作に従った録画予約のみであり、実際の個々の複製はサービス提供者が構築したシステムにおいて自動的に行われていることが指摘され、個々の複製に対するユーザの関与の程度がサービス業者の関与の程度に比して相対的に低いことを斟酌して、録画ネットのシステムにおける複製の主体をサービス業者と評価したのである。また、異議審決定においては、仮処分決定が採用した録画ネットのシステムにおける複製についての関与の程度に着目した利益衡量の枠組みそのものは踏襲したものの、当てはめにおいてサービス業者の関与の程度をより高く評価し、録画ネットのシステムにおける複製については利用者とサービス業者との共同行為であるとして、仮処分決定を維持する決定を下した。これらの説示では、カラオケ法理における「管理性」の考慮要素に関して、「手段」

^{*29} ただし、利用者がテレビパソコンから受信した放送データは、利用者のパソコンの通常の映像ソフトウェアで再生して視聴されていた。

に対する管理よりも個々の「行為」に対する管理に力点が置かれた。また、「利益性」の考慮要素については何ら斟酌されていない。

一方、知財高裁は東京地裁の二つの決定とは異なり、テレビパソコンはサービス業者の所有に係るものであると認定した上で、ユーザがテレビパソコンにアクセスするにはサービス業者のユーザ認証を経なければならないこと、テレビパソコンを用いてテレビ番組を録画するにはサービス業者が作成したオリジナルのソフトウェアを用いなければならない等の事情を斟酌して、ユーザの操作によるテレビ番組の録画をサービス業者が管理し(管理性)、サービスの提供によってユーザから対価を受け利益を得ていること(利益性)から、テレビ番組の録画の主体をサービス業者と認め、サービス業者による著作隣接権(複製権。著作権法98条。)侵害を肯定した。この知財高裁の説示は、システムに関する「管理」を媒介項としてユーザによる行為の「管理」を斟酌するものであり、利益性の考慮要素についても斟酌していることから、カラオケ法理の「管理」の対象の変容がみられる事例といえよう。

3.2.2. 選撮見録事件^{*30}

選撮見録事件は、集合住宅向けのテレビ番組集中録画配信システムの販売の是非が問われた事例である。この事件で問題となったシステムは、一括して放送波を受信して番組を録画し配信するサーバと、サーバから配信されるデータを受信して映像信号と音声信号に変換し受像機あるいは録画機器等に送信するビューワで構成されており、ビューワは集合住宅の各住戸に設置され、サーバは一定数のビューワごとに一つ設置される(最大

^{*30} 前掲大阪地決〔選撮見録仮処分〕、前掲大阪地判〔同本案一審〕、前掲大阪高判〔同控訴審〕。主要な判例評釈のうち、本案一審に関するものとして、角田政芳「判批」東海法科大学院論集1号(2006年)143頁、石新智規「判批」デジタルコンテンツ協会編『著作権侵害行為の帮助者等をめぐる判例』(2006年、デジタルコンテンツ協会)49頁、上野達弘「判批」知財管理56巻8号(2006年)1215頁、平嶋竜太「判批」L&T33号(2006年)60頁、川本真由美「判批」特許60巻4号(2007年)102頁、藤田晶子「判批」著作権研究32号(2007年)173頁。控訴審判決に関するものとして、川本真由美「判批」特許61巻8号(2008年)62頁、平嶋竜太「判批」速報判例解説編集委員会編『速報判例解説 Vol. 2』(2008年、日本評論社)279頁。

50台のビューワに対応)。

システムを構成する機器のうち、サーバは集合住宅の施錠されたスペース(e.g.管理室)に設置される。一方、集合住宅の住民は、各住戸に設置されたビューワから任意の番組の録画予約をサーバに送信し、録画された番組を視聴する際には、ビューワからサーバへ番組の送信指令をした後、サーバからの番組データをビューワで受信して視聴する。番組予約をする際には、各住戸ごとに個別録画モードと全局予約モードを選択することができる。個別録画モードは、録画すべき番組を個別に選択するモードであり、全局予約モードは、一週間分五つのチャンネルの番組すべてを録画するモードである。サーバは、各住戸のコントローラから同一の番組につき複数の録画指令を受けた場合でも、単数の録画データしか作成しない。そのため、各住戸のうち、一つでも全局予約モードを選択する住戸があった場合、サーバには、一週間分五つのチャンネルのすべての番組の録画データが一つずつ蔵置されることになり、個別録画モードを選択した住戸には、当該住戸が設定した番組のデータを蔵置されたデータのなかから選択して送信することになる。

一審の大阪地裁^{*31}は、サーバにおいて行われている番組の録画(複製・送信可能化)ならびにサーバからの特定多数の端末への送信(公衆送信)の主体は、被疑侵害者の販売業者ではなく、システムの設置者である集合住宅の所有者もしくは管理組合と評価した。そのうえで、被疑侵害者である販売業者については、(1)選撮見録のシステムを販売することによって必然的に侵害行為が生じ、裁判等によって侵害行為を直接差し止める以外に侵害の回避が不可能であること、(2)侵害行為を直接差し止めようとしても、侵害の場所や物理的な行為主体を捕捉できず完全な侵害の排除は困難であること、(3)一方で、システムの販売を停止することは容易であって、(4)販売停止による不利益はシステムの販売利益の喪失に止まるのに対し、システムの使用は侵害行為を伴うものであるから、システムの販売は保護する利益に乏しい旨指摘し、これらの事情がある場合には、システムの販売行為を直接の侵害行為と同視し、システムの販売業者は「著作隣接権を

^{*31} 同日に出された仮処分決定については、本案の一審判決と同旨の内容であるため紹介を割愛する。

侵害又は侵害するおそれのある者」と同視しうるとして、著作権法112条を類推適用してシステムの販売を停止すべき旨の差止めを命じたのである。この説示は、カラオケ法理とは全く異なるものである。

一方、控訴審の大阪高裁は、被疑侵害者である販売業者がシステムを販売することにより各住戸の利用者の複製の過程を技術的に決定・支配するのみならず、システムの安定的な運用のために送信装置のサーバをインターネット回線に接続してリモートコントロールによる保守管理を行ったり、実用的な使用のために必要となるEPG(電子番組表)を外部の業者から取得した上でシステムに継続的に供給していることや、販売保守業務等から利益を得ていることを斟酌して、システムの販売業者を侵害行為の主体と評価し、「(システムを)販売して入居者に…録音・録画させてはならない」との内容の差止めを命じた。

控訴審判決の説示は、カラオケ法理の転用の一事例ということもできよう。しかしながら、差止主文において録音・録画行為の停止手段をシステムの販売の停止に限定しており、裏を返せばシステムの販売停止以外の手段を講ずることを差止主文が求めていることを意味している。このような事情は、選撮見録控訴審判決が上告不受理を狙うため、物的手段を提供する者に対する「カラオケ法理の転用」という一連の裁判例に従っている装いを見せつつ、その目的は、あくまでも装置の提供者に対して差止めを認めようとする原審を含む大阪地裁の二つの判決を擁護するところにあったことを窺わせるものである。カラオケ法理を採らない原審の法律構成のままであれば、上告が受理される可能性が低いとは言い難い。対して、選撮見録控訴審判決のような理由付けであれば、法律構成としては目新しいものではなく、事案への当てはめの問題であるとして上告理由とはならないとして処理される可能性がある。控訴審判決にはそうした配慮があるのかもしれない^{*32}。

^{*32} 田村・前掲注(6)277頁。

3.2.3. まねきTV事件^{*33}

まねきTV事件は、録画ネット事件と同様、主として海外在住の邦人をターゲットに、海外に居ながらにして日本のテレビ番組の視聴を可能とするサービスの是非が争われた事例である。まねきTV事件で被疑侵害者が提供したサービスは、テレビ放送を受信してデジタル変換し、インターネット回線等を経由して端末に送信して視聴するシステムであるソニー製の市販品「ロケーションフリー」を使用したものであった。「ロケーションフリー」はテレビ放送を受信してデジタル変換し、送信指令に応じて変換した放送データをリアルタイムで送信する「ベースステーション」(以下、説明の便宜上「BS」という。)と、BSに対して放送データの送信指令を送り、指令に応じて送信された放送データを受信して視聴するための端末である「専用モニタ」または「専用ソフトウェア」(以下、説明の便宜上併せて「専用端末」という。)で構成されていた。まねきTVの利用者は、市販されている「ロケーションフリー」を購入した上で、BSのみを被疑侵害者に寄託し、被疑侵害者は利用者から受託したBSを自らの事業所内にテレビ放送を受信可能な状態かつインターネット回線に接続した状態で蔵置することで、利用者が海外在住等の理由でBSを日本国内のテレビ放送波を受信できる場所に設置できない場合であっても、「ロケーションフリー」を用いてテレビ放送を視聴できるようにしていたのである。

まねきTV事件では録画ネット事件や選撮見録事件と異なり、仮処分決定、その抗告審、本案訴訟の一審およびその控訴審のいずれにおいても、

^{*33} 前掲東京地決[まねきTV仮処分]、前掲知財高決[同抗告審]、前掲東京地判[同本案一審]、前掲知財高判[同控訴審]。主要な評釈のうち、仮処分決定に関するものとして、泉克幸「判批」Softic Law News104号(2006年)1頁、岡邦俊「判批」JCAジャーナル53巻9号(2006年)82頁、日向央「判批」新・調査情報62号(2006年)58頁、吉田大輔「判批」出版ニュース2090号(2006年)20頁、帖佐隆「判批」パテント60巻5号(2007年)33頁。抗告審決定に関するものとして、大滝均「判批」パテント60巻3号(2007年)36頁、佐藤・前掲注(12)判批241頁、小倉秀夫「判批」中山信弘編『知的財産権研究V』(2008年、レクシスネクシス・ジャパン)195頁。本案一審判決に関するものとして、中野圭二「判批」パテント61巻8号(2008年)67頁。控訴審判決に関するものとして、今村哲也「判批」速報判例解説編集委員会編『法学セミナー増刊 速報判例解説 Vol.5』(2009年、日本評論社)243頁がある。

サービス提供者の責任は否定されている。

もっとも、これらの各審級に係る裁判例のうち、仮処分決定、抗告審決定および本案訴訟の一審判決は、まねきTVのサービスにおけるBSからの送信の主体に関する判断を行ったのに対し、控訴審判決は送信の主体の法的評価を行わずにサービス提供者の責任を否定する判決を理由付けている。

仮処分決定、抗告審決定および本案訴訟の一審判決は、サービス提供者が利用者から受領して事業所内に蔵置していたBS等を一体のシステムとして管理していたか否かという観点から、サービスにおけるBSからの送信の主体を法的にサービス提供者と評価しうるか否かを検討し、そうした管理は認められないとして送信の主体を利用者と評価してサービス提供者の責任を否定した。

他方で、控訴審判決は、BSからの送信の主体の判断に踏み込むことなく、当該送信のための装置であるBS自体が自動公衆送信装置としての機能を有さず、したがってBSからの送信が物理的に公衆に対する送信たりえないことを理由にサービス提供者の行為が送信可能化権を侵害するとの権利者側の主張を退けている。

仮処分決定、抗告審決定および本案訴訟の一審判決は、いずれもカラオケ法理の転用の一事例と位置づけることが可能である。

対して、控訴審判決は、送信可能化に用いられる自動公衆送信装置というための「公衆によって直接受信されうる」(著作権法2条1項7号の2、9号の4、9号の5)という要素については、実際の送信行為者を起点に判断しなければならないとした上で、BS自体は「1対1」送信の機能のみを有するものであって、自動公衆送信装置に当たらないとした。その後、送信主体が誰かの問題について一切検討を行っていない。この説示から言えることは、まねきTV事件控訴審判決が自動公衆送信装置という物理的な側面のみに着目し、法的な主体の擬制なしに侵害行為とならない行為については、それ以上に法的な主体の評価を加えない立場に立つものであるということである^{*34}。この説示は、裏を返せば、法的な主体の擬制無しに侵害行為となる行為がある場合、すなわち適法行為の違法化とならない事例に

^{*34} 今村・前掲注(33)245頁。

についてはカラオケ法理の転用を否定しない趣旨であるともいえ、この理はロクラクⅡ事件控訴審判決に通ずるものがある。

3.2.4. ロクラクⅡ事件仮処分決定および一審判決^{*35}

ロクラクⅡ事件控訴審判決の原審である一審判決および仮処分事件の決定は、一連の裁判例の流れに沿うものであり、控訴審判決のような画期的な説示が為されたものではなかった。

仮処分決定は、サービスの目的が日本国外において日本のテレビ番組を視聴させる点にあること、テレビ放送を録画してオンデマンド送信する親機ロクラクの所有権がサービス提供者にあり、その設置場所の選定に関してサービス提供者が強く関与していること、利用可能な番組の範囲がサービス提供者が選定に関与した設置場所に依存していること、オンデマンド送信に際しての送信指令や子機ロクラクへのオンデマンド送信はサービス提供者が運営するサーバを経由して為されること、サービス提供者は利用者から金銭を受領していることを斟酌して、サービス提供者は大多数の利用に係る親機ロクラクを管理し、それにより利益を得ているとして、親機ロクラクにおける複製の主体をサービス提供者と評価して侵害を肯定した。

また、一審判決は、著作権法にいう侵害行為者を決するにあたり、物理的な観点のみからみるのではなく、法律的な観点から侵害者として責任を負うべき主体と評価できるか否かを検討すべきであるとの前提に立ち、クラブキャッツアイ最高裁判決等を踏まえ、問題とされる行為の性質に基づいて、支配管理性、利益の帰属等の諸点を総合考慮して判断すべきとの一般論を示した。そのうえで、ロクラクⅡのサービスが利用者に日本のテレビ番組の複製物を取得させることを目的としていること、サービス提供者が親機ロクラクの設置場所を提供して管理支配することで、日本国外の利用者が格段に利用しやすい仕組みを構築し、親機ロクラクを東京都内や静

^{*35} 前掲東京地決 [ロクラクⅡ仮処分]、前掲東京地判 [同本案一審]。仮処分決定に関する評釈として、帖佐隆「判批」知財ふりざむい5巻57号(2007年)7頁、舟山聡「判批」Softic Law News 113号(2007年)1頁。本案一審判決に関する評釈として、岡邦俊「判批」JCAジャーナル55巻8号(2008年)74頁がある。

岡県内において管理支配していることから、本件番組および本件放送に係る音又は映像の複製行為を管理支配していると認められるとともに、それによる利益を得ているものと認められるとして、サービス提供者を複製の主体と法的に評価し、侵害を肯定している。

いずれの説示も、カラオケ法理の転用の一事例といえよう。

3.2.5. MYUTA 事件^{*36}

MYUTA 事件は、個人が保有する音楽データを当該個人の携帯電話の着信音として使用可能とするサービスの提供の是非が問われた事例である。少なくとも我が国で主として流通している携帯電話は、いずれも個人が保有するMP3ファイル等の音楽データをそのままの状態を着信音やアラーム等として利用することが困難な仕様となっている(音楽プレイヤーとしての使用は可能である)。この状況に着目した被疑侵害者が、個人が保有する音源データを携帯電話で着信音等として利用可能な形式に変換した上でサーバを経由して変換したデータを当該個人の携帯電話に転送するサービスを開始した。

被疑侵害者は、利用者のパソコンに保存された音楽ファイルを携帯電話用ファイルに変換し、サーバに設定された利用者固有の領域に向けて送信させる専用ソフトウェアと、ユーザのパソコンから送信された携帯電話用ファイルを蔵置し、当該利用者の携帯電話からの求めに応じて任意の携帯電話用ファイルを送信するサーバ等で構成されるシステムを構築した。

MYUTA 事件での楽曲の音源データの具体的な流れは以下の通りである。
①利用者の手元にあるCDを用いる等してMP3もしくはWMA形式の音楽ファイルを利用者のパソコンに準備し、②専用ソフトウェアを用いて前記のMP3もしくはWMAファイルをAVIファイルに変換して利用者のパソコンに複製する。③専用ソフトウェアは、利用者のパソコンに蔵置された

AVIファイルを3G2ファイル^{*37}に変換して複製した上で、インターネット回線を通じてサーバに3G2ファイルをアップロードし、④サーバにおいて複製・蔵置する(アップロード後、パソコンの3G2ファイルは削除される)。⑤利用者は、自身の携帯電話からサーバにアクセスし、サーバに蔵置された3G2ファイルをインターネット回線を通じて携帯電話にダウンロードして着信音等に設定可能な音楽ファイルとして利用する。

MYUTA 事件判決は、上記に掲げた①～⑤の行為のうち、④および⑤において行われる複製および送信可能化について被疑侵害者を主体とする侵害行為であると結論づけた。

判決が④および⑤において行われる複製および送信可能化の主体をサービス提供者である被疑侵害者と評価するにあたっては、カラオケ法理にみられる「管理性」と「利益性」の二つの考慮要素に着目した評価手法ではなく、改めて斟酌されるべき考慮要素を再構成して論じている。判決が斟酌した考慮要素は、(1)サーバに音楽ファイルを複製することやサーバから利用者の携帯電話に音楽ファイルを送信することはサービスにおいて不可避なプロセスであること、(2)音楽ファイルの複製や携帯電話への送信等、サービスにおいて中心的な役割を果たすサーバを被疑侵害者が管理していること、(3)利用者がサービスを利用するために自らのPCにインストールして使用する専用ソフトウェアは、サーバとインターネット回線を介して連動している状態でサーバの認証を受けなければ作動しないこと、(4)サーバに音楽ファイルを複製したり、サーバから利用者の携帯電話に音楽ファイルを送信する際には、専用ソフトウェアがサーバの認証を経てサーバにインストールされたストレージソフトと連動して作動する必要があるよう被疑侵害者によってシステム設計されていること、(5)サービスが目的とする行為(利用者の携帯電話の記憶領域への音楽ファイルの利用可能な状態での複製)を利用者の個人レベルで行うことが技術的に

^{*36} 東京地判平成19・5・15判時1979号100頁 [MYUTA]。評釈として、奥郵弘司「判批」Softic Law News108号(2007年)8頁、北村行夫「判批」コピライト2007年11月号(2007年)28頁、今村哲也「判批」速報判例解説編集委員会編『速報判例解説 Vol. 2』(2008年、日本評論社)287頁、山上清和「判批」判例評論591号(2008年)201頁。

^{*37} MYUTAのサービスはauの携帯電話向けのサービスであったため、変換後に生成されるファイルはauが採用するCDMA2000方式の携帯電話に対応する3G2ファイルであった。なお、被疑侵害者はNTTドコモやソフトバンクモバイルが採用するW-CDMA方式の携帯電話に対応する3GPファイルを用いたサービスも追って提供する予定であった。

相当程度困難であること、(6)問題となっているサーバにおける複製につき利用者は端緒として関与するに過ぎず、利用者が使用する専用ソフトウェアの仕様やサーバにおける複製、MYUTAサーバからの送信に必要な条件は被疑侵害者によってシステム設計されていることである。

これらの考慮要素は、(a)当該利用行為のサービスにおける位置づけに関する考慮要素(上記(1)の考慮要素に対応)、(b)利用行為に供される装置やシステムの管理主体に関する考慮要素(上記(2)～(4)の考慮要素に対応)、(c)サービスが実現する効果と同様の効果を個人のレベルで実現することの難易度に関する考慮要素(上記(5)の考慮要素に対応)、(d)個別の利用行為についてのユーザの関与の程度とサービス提供者の関与の程度の比較に関する考慮要素(上記(6)の考慮要素に対応)に分類可能である。これまでに紹介した裁判例において斟酌された考慮要素と共通するものは(a)と(b)であり、MYUTA事件は(c)を考慮要素に採用したことで、これまでに紹介したカラオケ法理の転用事例の裁判例と大きく異なっている。(d)に関しては、録画ネット事件仮処分決定および異議審決定においても考慮要素とされていたものである。

この事件が、単なるカラオケ法理の転用事例では斟酌されなかった、(c)のサービスが実現する効果と同様の効果を個人のレベルで実現することの難易度に関する考慮要素を法的な行為主体の評価に際して斟酌したことにより、当該行為が制限規定等によって本来は適法となる行為であっても、当該行為を私人のレベルで為すことが技術的に困難である場合に、そうした困難を解消するサービスの提供について、裁判所限りで違法と評価される余地を生むこととなった。従前のカラオケ法理の転用事例においても、適法行為の違法行為への転換機能は存在していたものの、MYUTA事件判決が技術的な困難性を考慮要素に加えたことにより、個々の物理的な行為が私人のレベルでは技術的に困難である場合には、個別の行為へのサービス提供者の関与の程度が相対的に少ない場合であっても、サービスの提供行為が侵害行為と評価される余地が生じているのかもしれない。

3.2.6. 小活

以上にあげた裁判例の事案の相違点を整理すると以下のようになる。

	物理的行為	設備手配の主体	設備の所有者	設備の機能	専用品の有無	集約的管理の有無	結論	備考
録画ネット	複製	サービス提供者	サービス提供者	ユーザごとに録画(複製)1対1送信	専用品	○	侵害	物理的な行為自体は私的複製(と1対1送信?認定無し)
選撮見録	複製・送信	サービス提供者	購入者	システム全体用に録画(複製)1対多送信	専用品	○	侵害	物理的な行為自体は私的複製にはあらず、1対多送信
ロクラクⅡ	複製	サービス提供者	サービス提供者	ユーザごとに録画(複製)1対1送信	専用品	○	侵害	物理的な行為自体は私的複製(と1対1送信?認定無し)
まねきTV	送信	利用者	利用者	録画(複製)機能なし1対1送信	市販品のみのみ	×	非侵害	物理的な行為自体は1対1送信
MYUTA	複製・送信	サービス提供者	サービス提供者	ユーザごとに複製ハードウェアとしてのサーバからみて1対多送信、サーバ内のソフトウェアによって設定されたユーザ領域からみて1対1送信	専用品	○	侵害	物理的な行為自体は私的複製と1対1送信

(1) サービスにおいて為されていた物理的な利用行為に関して

録画ネット事件、選撮見録事件、ロクラクⅡ事件およびMYUTA事件では複製が認定されていた。対して、まねきTV事件の事実認定には複製がなく送信のみであった。

複製は公に行われていなくとも原則侵害となる^{*38}一方、送信は公に行わ

^{*38} 私人が行う複製は、複製物を利用する者自身が個人的に行う限り、著作権法102条が準用する著作権法30条1項によって放送事業者の複製禁止権の対象からはずされている。30条1項が私的領域で行われる複製を適法とするのは、私人の行動の自由を確保するためである(小宮山宏之「アウトプット論」苗村憲司=小宮山宏之編『マルチメディア社会の著作権』(1997年、慶應義塾大学出版会)123頁)。他方で、

れる場合、すなわち特定多数に対する送信および特定多数の求めに応じて行われる送信のみが侵害となる。まねきTV事件のBSでは、録画ネット事件のテレビパソコンや選撮見録事件のサーバ、ロクラクII事件の親機ロクラクとは異なり、複製が行われていた事実は認定されていない。そうすると、BSからの送信のみに着目しなければならず、送信が特定多数の求めに応じて行われていない限り侵害とならない。この点、録画ネット事件、選撮見録事件、ロクラクII事件、MYUTA事件と比べ、まねきTV事件は侵害が否定されやすい事例であったといえよう。

(2) サービスに供される設備の手配に関して

録画ネット事件では、システム全体がサービス提供者によって準備されており、いわばサービスのための専用品でシステムが構成されていたといえる。また、サービス提供者と利用者との契約において、放送データの録画・送信のためのテレビパソコンの所有権を利用者に移転する旨の契約が為されていたものの、録画ネット事件の控訴審の裁判所は解約後のテレビパソコンの取扱い等を斟酌して、所有権がサービス提供者に残存していると認定した。選撮見録事件はシステムの販売業者の責任が問題となった事例であるため、販売されるシステムは当然専用品であり、実際に販売される前に訴訟が提起されていたため、所有者となりうる者は当該システムの販売先である集合住宅の所有者もしくは管理組合ということになる。ロクラクII事件では、親子ロクラクその他のサービスに供される機器一切をサービス提供者が製造等しており、親機ロクラクは利用者へのレンタルに供され、所有権はサービス提供者にあった。MYUTA事件においても、パソコンや携帯電話はユーザが準備していたものの、サービスに供されるサーバはサービス提供者が所有しており、ユーザのパソコンにインストールされる、携帯電話で着信音として設定可能な形式の音楽ファイルを作成してサーバの当該ユーザの領域にアップロードするためのソフトウェアについても、サービス提供者が準備していた。

複製が大量に行われれば権利者に過大な不利益となる。30条1項は、禁止権の対象外とする複製につき複製物を利用する者自身が行うものに限定して、許容される複製を零細な規模に留め、権利者に与える不利益を最小限としている(田村・前掲注(19)199頁、中山信弘『著作権法』(2007年、有斐閣)244頁)。

対して、まねきTV事件では市販品のシステムをユーザに一般の量販店等から購入させた上で、システムを構成する送信装置であるBSのみをサービス提供者に寄託させて事業所内に設置していたに止まっており、BSの所有権についても個々のユーザに帰属する旨認定されている。

録画ネット事件、選撮見録事件、ロクラクII事件、MYUTA事件のように、サービスに供される設備が当該サービスの専用品であり、サービス提供者の存在無しにユーザによる利用が生じえない場合には、単に市販品を購入したユーザに対する当該市販品を利用したサービスの提供に比して、侵害が肯定されやすいといえるかもしれない。また、サービスに供される設備の所有権がサービス提供者に残存している場合も、そうでない場合に比して侵害が肯定される傾向にある。

(3) サービスに供される設備の機能に関して

録画ネット事件、ロクラクII事件、MYUTA事件ではユーザ毎に複製が行われていたのに対し、選撮見録事件では一回の複製で生成された単一の複製物を複数のユーザに対するオンデマンド送信に用いていた。

また、まねきTV事件ではそもそも利用者から受領した送信装置にはキャッシングを除けば複製の機能が無く、利用者による複製はもっぱら利用者の手元の機器で利用者によって行われうるものであった。送信に関しても、装置単体では特定の一つの相手方に対してデータを送信する機能を備えるのみであった。

著作権法は、送信装置へのデータの入力および公衆の電気通信回線への接続のうち、当該送信装置が特定多数の求めに応じて自動的に送信する機能を有する場合のみ、データの入力や公衆の電気通信回線への接続を送信可能化として禁止権の対象としている。この点、選撮見録事件のサーバはサーバー一台で特定多数のビューワに放送データを送信する機能があるため、サーバへの放送波の入力やサーバの通信回線への接続は送信可能化となる。対して、録画ネット事件のテレビパソコンやロクラクII事件の親機ロクラク、まねきTV事件のBSは、それ自体で特定の一つの相手方の求めに応じて自動的に送信する機能を備えるのみであり、単体のテレビパソコンや親機ロクラク、BSに放送波を入力したりインターネット回線に接続し

たりしても、送信可能化とならない^{*39}。よって、録画ネット事件のテレビパソコンやロクラクⅡ事件の親機ロクラク、まねきTV事件のBS単体では何らの侵害行為も行われていないことになる。

(4) 装置の集約的管理の有無に関して

録画ネット事件では、テレビパソコン自体は個々のユーザに割り当てられていたものの、ユーザによる外部からのアクセスに際してはサービス提供者が管理するウェブサーバのユーザ認証を経なければならず、テレビパソコンを用いて録画やオンデマンド送信を行う際にもサービス提供者が作成したソフトウェアを用いなければならなかったことから、テレビパソコンを含む装置が集約的に管理されていたといえる。選撮見録事件で問題となった装置は、そもそも集合住宅向けの装置であって管理室等に共用のサーバが設置されることが予定されていたため、ユーザごとの送信装置は存在しない事例であった。また、ロクラクⅡ事件においては、少なくとも仮処分決定の時点では静岡県内のサービス提供者の事業所内に顧客に貸し出された親機ロクラクを集約して設置していた。さらに、MYUTA事件では、ユーザのパソコンから接続されるサーバ自体はユーザの数より少なく、サーバの記憶領域をユーザ毎に割り当てるに止まっており、当該サーバへのアクセスに際してはサービス提供者によるユーザ認証を経る必要があった。

対して、まねきTV事件では、顧客が購入した市販品の一部の装置であるBSを受領して放送波の入力とインターネット接続を提供していたに止まり、BSへのアクセスに際しても当該市販品の機能以上のものを用いておらず、ユーザ認証等も行っていなかった。

テレビパソコンや親機ロクラク、BS単体では何ら侵害行為を為しえない場合であっても、そこで行われる行為が侵害とならない理由が、複製や送信の数が少量であることに求められるとすれば、テレビパソコンや親機ロクラク、BS等を集積することが即、侵害行為を構成しないとはいえない。

^{*39} ただし、録画ネット事件で権利者が行った主張は、テレビパソコンでの複製が複製権侵害である旨の主張のみであって、テレビパソコンへの放送波の入力やインターネット回線への接続が送信可能化権侵害である旨の主張は為されていない。このため、録画ネット事件の裁判所は送信可能化の有無について判断していない。

集積された機器において個々の利用者によって行われる行為を管理支配する行為については、別の法的評価がありうるところであり、現に録画ネット事件抗告審決定やロクラクⅡ事件の仮処分決定および本案一審判決ではこの点が斟酌されて侵害が肯定されている。

(5) 個々の物理的行為へのサービス提供者の関与の程度について

録画ネット事件のテレビパソコンへは、利用者のパソコンからいったんサービス提供者のウェブサイトへアクセスし、ユーザ認証を経た上で、個々のテレビパソコンへ録画予約指令や送信指令を送信する必要があった。選撮見録事件のビューワからサーバへは個々の利用者は直接アクセス可能であったものの、そもそも個々のビューワとサーバはいずれも集合住宅の所有者もしくは管理組合によって設置されたものであった。ロクラクⅡ事件の親機ロクラクへのアクセスについては、サービス提供者の製造に係る子機ロクラクからのみ可能であり、機器の操作の範囲もサービス提供者の設定の範囲を超えることはできなかった。

他方で、まねきTV事件のBSは、ユーザが「ロケーションフリー」を市場で購入した上でサービス提供者に送付してはじめて設置されるものであり、サービス提供者の事業所内に設置されているBSへはユーザの端末から直接アクセス可能であった。いったんベースステーションを設置してしまえば、ユーザは直接BSに放送データの送信指令を送るだけで放送を視聴することが可能であり、個々の視聴のステップについてサービス提供者の関与はなかったのである。さらにいえば、Xの行為は、単にベースステーションの設置箇所、放送波受信設備ならびにインターネット接続設備を提供するのみであるということも可能である。

まねきTV事件において、サービス提供者が個々のBSからの送信について関与する程度は、録画ネット事件や選撮見録事件、ロクラクⅡ事件に比して相対的に低い。このため、まねきTV事件においては、非侵害であるとの法的評価がされやすかったといえる。

(6) まとめ

これらのことからすれば、ロクラクⅡ事件控訴審判決以前の裁判例においては、問題となるサービスが、(1)サービスに供される設備をサービス特有のものとするのではなく、市販品のみで構成し、(2)そのような設備を齊一的にサービス提供者が準備するのではなく、各ユーザ自身に手配さ

せ、(3)個々の送信等がサービス提供者の関与無しに為される場合には、侵害が否定されていることがわかる。逆に言えば、当該サービスのための専用品を齊一的に準備してユーザに使用させ、個々の行為に際してもサービス提供者のシステムの仕様等の制約を受けるような場合には、個々の行為が制限規定等により適法とされている場合であっても、そうしたサービスの提供行為を侵害行為と裁判所は評価しているのである^{*40}。

もっとも、MYUTA事件のように、個々の行為が外形的に制限規定の適用を受ける行為であっても、そうした行為がユーザ単独では為しえなかったような場合に、それをサービス提供者の行為を侵害とする方向に斟酌する裁判例はMYUTA事件判決の他に存在しておらず、ロクラクⅡ事件控訴審判決以前の裁判例の分水嶺を構成するファクターとして評価しうるのは不明である。

3.3. ロクラクⅡ事件控訴審判決の説示の位置づけおよび特徴

ロクラクⅡ控訴審判決の説示は、先に述べた裁判例の傾向とは全く異なるものである。従前の裁判例のように、サービスに供される設備の性質等を重視するのではなく、個別の利用行為についてのユーザおよびサービス提供者の関与の相関関係に着目すべきとの前提に立ち、行為主体の評価に際して他の考慮要素を斟酌することをことごとく否定している。そのうえで、私人が適法に為しうる行為を如何に誘発しても、そのような行為は何ら違法となるものではないことを明確に述べた点が特徴的である。

このような論法は、従前の裁判例には見られないものである。従前の裁判例は、個人又はそれに準ずる範囲での利用を目的とした利用者自身による複製や公衆を対象としない送信等に関して著作権法が禁止権の対象から外している理由を、そのような行為を禁止せずとも権利者に与える不利益が多大ではなくその限りでは私人の行動の自由を制約すべきではないとの価値判断によるものと措定した上で、被疑侵害者が物的手段を提供することで私人が禁止権の対象から外されている行為を効率的に為しうることとなった結果、権利者に生じる不利益が無視しえないものとなったことを指摘し、そうした事情を侵害を肯定する方向に斟酌する傾向にあった。

^{*40} 帖佐・前掲注(33)39頁、田村・前掲注(6)292頁。

対して、ロクラクⅡ事件控訴審判決は、被疑侵害者が提供するサービス等により私人の行為の効率性が向上していることを被疑侵害者の責任を肯定する方向に斟酌するのではなく、あくまで個々の物理的な行為の決定や現実の物理的な行為への関与の態様やその度合い(MYUTA事件判決の考慮要素(6)に相当)によって侵害主体を決すべきことを前提として貫いている。そのうえで、利用者自身が機器等を自己管理する場合とサービスを利用した場合とで、個々の物理的な行為の困難性や経済的な効率性に差異がある場合に、サービスの利用により個々の物理的な行為の技術的・経済的な効率性が向上し、私人が物理的な行為をより効率的、齊一的に為しうることになったことを以て即、そうしたサービス提供者を個々の行為の主体と評価するのではなく、あくまで個々の行為の決定や実際の行為への関与が否定される限り、サービス提供者を複製主体と評価しない立場を採ったのである(控訴審判決26-27頁)。

くわえて、直接の利用行為について利用者による私的使用のための複製である旨説示した上で、サービス提供が「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」(控訴審判決31頁)として、サービスが実現する効果と同様の効果を個人のレベルで実現することが困難である場合にサービス提供者を行為主体とする方向に斟酌するMYUTA事件判決で示された手法(MYUTA事件判決の考慮要素(5)に相当)を真向から否定している。さらに、技術革新が私人の行為の効率性を向上させることで生じる利益は私人が享受すべきである旨付言している。

3.4. ロクラクⅡ事件控訴審判決の説示の射程

これらのことからすれば、ロクラクⅡ事件控訴審判決は、結局のところ権利者が技術革新によって受ける不利益を少なくとも解釈論のレベルでは救済しない旨表明しているものとおもわれる。他方で、個々の物理的な行為の決定や現実の物理的な行為に被疑侵害者が関与している場合には、侵害を肯定する余地を残しているといえよう。

ロクラクⅡ事件控訴審判決の説示は、少なくとも物理的な行為自体が私的複製もしくは公衆を対象としない送信等であって適法である場合に、そうした行為のための物的な手段を提供する行為一般に適用可能であろう。

そうすると、録画ネット事件のようにユーザごとに録画および自動公衆送信のためのテレビパソコンを稼働可能な状態で提供する事例、あるいはMYUTA事件のように携帯電話で再生可能なファイル形式に変換する手段やサーバの記憶領域にユーザ固有の領域を設定して変換されたファイルを複製して携帯電話に当該ファイルを送信可能にするシステムの提供については、ロクラクⅡ事件控訴審判決の説示によれば、物的手段の提供者の責任は否定されるものとおもわれる。

他方で、集合住宅の各住戸に設置された端末からの求めに応じ、集合住宅の管理室等に置かれたサーバでテレビ放送を録画(生成される録画データは一つのみ)した上で各住戸の端末に向けてオンデマンド送信して視聴させるシステムの提供者の責任が問題となった選撮見録事件のように、複数のユーザのうちの1ユーザの行為によって全ユーザに使用可能な録画データが生成されるようなシステムの提供については、利用者が当該システムにおいて行う複製が私的複製の要件を満たさない状態となり、かつ当該複製によって特定多数である他の利用者の求めに応じて当該複製データが送信可能な状態となるため、ロクラクⅡ事件控訴審判決の説示においても物的手段の提供者の責任が否定されるとは言い難い。

また、物理的な行為自体は適法であるが、実際に当該行為を私人のレベルで為すことが困難である場合に、そうした行為のための手段を提供する者の責任が問題となる事例(e.g. MYUTA 事件)に対するロクラクⅡ事件控訴審判決の射程に関しては、以下の説示が参考となろう。控訴審判決は、行為主体を法的に評価する際に、サービス提供が「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」(控訴審判決32頁)と述べた上で、「(ロクラクⅡのサービスは)利用者における適法な私的利用のための環境条件等の提供を図るものであるから、かかるサービスを利用する者が増大・累積したからといって本来適法な行為が違法に転化する余地はなく、もとよりこれらにより…(権利者)の正当な利益が侵害されるものでもない」としている。このことからすれば、物理的な行為自体が立法によって適法とされる場合には、そうした行為が現実には私人のレベルで為すことが困難である等の事情により、実際の行為が非効率的に為されている場合に、サービスの提供によってこのような非効率が解決して物理的な行為が大量に誘

発されたとしても、立法が個別の行為を適法としている以上、この種のサービスの提供者を行為主体として適法行為を違法行為に転換する論法を採るべきではない旨、ロクラクⅡ控訴審判決は述べたものとおもわれる。したがって、ロクラクⅡ事件控訴審判決の説示によればそうした手段提供者の責任は否定されるものとおもわれる。

4. 結び

ロクラクⅡ事件控訴審判決は、侵害主体の評価に際して斟酌する考慮要素について、個々の物理的な行為への関与の程度を重視している。換言すれば、利用者の自由な意思に基づいて行われる行為であるか否かを重視しており、利用者自らが親機ロクラクを管理する場合でも同様に生じうる事象については、行為主体の判断に影響を与えないと捉えている。そればかりか、判決は個々の物理的な行為が著作権法上適法とされる場合には、裁判所限りで当該行為を違法行為とすることを否定している。

効率的に私人による著作物の利用を促す手段の提供に対しては、一律に差止めの対象とするほかに、損害賠償請求のみを認める、集团的処理のみが可能な補償金請求権制度を導入する、あるいは放任するといった選択肢がある。たとえば、日本の著作権法は、複製技術の中から、デジタルの録音・録画のみを抽出した上で、デジタル録音・録画に用いられる媒体の提供に私的録音録画補償金^{*41}を課す一方、アナログの録音・録画や書籍のデジタル複製については放任している^{*42}。こうした選択肢の中から、いずれのものを選ぶかはまさに立法府の役割である。それを、裁判所が適法行為を違法行為に転換する機能を有し、差止めをも認めることになるカラオケ法理を用いて一律に差し止めることは、本来の司法の領域を越えるものである。本件控訴審判決はそうした趨勢に一石を投じた事例として、将来顧みられるのかもしれない。

^{*41} 著作権法30条2項。

^{*42} 田村・前掲注(19)134頁。