

特集：著作権の間接侵害

ロクラク事件とオンデマンド放送 —新技術とオンラインサービスの規制における 法、市場、裁判所の役割—

Branislav HAZUCHA^{*}

佐藤 豊(訳)

序

新たに登場したデジタル・ネットワーク技術は、従来型の著作権¹産業にとって、あらゆる問題点を解決するものであると同時に自らの存在を脅かす存在と映っている。ピア・ツー・ピア・ネットワーク技術のような新規

^{*}1999年 LL.M. (Comenius University)、2002年 Dr. jur. (Trnava University)、2005年博士(法学)(九州大学)、北海道大学大学院法学研究科助教。本稿の執筆にあたっては、北海道大学情報法政策学研究センターの田村善之教授、佐藤豊氏、渡部俊英氏、津幡笑氏、青柳由香氏のほか、北海道大学において開催されたシンポジウム「日本著作権法におけるタイムシフティングおよびスペースシフティングに対する規制の新たな潮流」の参加者、および「2009知産権南湖论坛：国家知産権戦略実施策略と绩效評価」の参加者からコメントをいただき、示唆を受けた。この場を借りて感謝申し上げる。なお、本稿における瑕疵や欠陥はすべて筆者の責任によるものである。

¹ 本稿では「著作権」の語につき、コモン・ロー諸国において用いられているように、著作者にくわえ、実演家、レコード製作者および放送事業者の権利を含む概念として用いることとする。したがって、大陸法諸国において用いられる著作財産権および著作隣接権の双方がこの概念には含まれることになる。検討の対象が著作隣接権に限定される箇所では、その旨を明確なものとするために「著作隣接権」の語を用いることにする。

のデジタル複製・通信の技術により、著作物²の最終消費者は新たな方法で著作物を享受可能となったが故に、著作権を用いてビジネスを行う大手の権利者はそうした技術に対して深刻な脅威や嫌悪を感じている³。他方で、デジタル技術は著作権産業にとって有益である側面があり、デジタル技術によって著作物の利用を遠隔操作で把握したり、著作物の巨大なポートフォリオを利用したりすることが可能となっている⁴。多様な技術的保護手段は、個人の消費者に著作物を様々な利用形態で享受する際にかんがりの制約となりうるものであり、伝統的には、その時点での技術的保護手段の発展の程度に応じて利用者はそうした制約を甘受するものと考えられてきた⁵。著作物の消費者による使用や利益の享受をコントロールする際

² 本稿では、「著作物」の語につき、著作財産権および著作隣接権の客体となる成果物を含む広い概念として用いることとする。著作財産権もしくは著作隣接権固有の検討を行う箇所(例：芸術作品、録音物、テレビ放送)においては、それらに応じた特定の客体のみを示すことを明確にするため、個別の語を用いることとする。

³ 近時、ピア・ツー・ピアを用いたファイル共有による脅威に対応すべく、いわゆる「スリー・ストライク・ルール」を導入する動きがあることに関し、Recording Industry Association of America, *Piracy Online*, available at http://www.riaa.com/physicalpiracy.php?content_selector=piracy_details_online (2009年4月10日閲覧)、The Register, *French Pass "Three Strikes" File-Sharing Law*, available at http://www.theregister.co.uk/2009/04/03/french_three_strikes/ (2009年4月10日閲覧)、Fox News, *Three Strike and You're Offline: Music Industry, ISPs May Cut Internet Access for File-Sharers* (written by Liza Porteus Viana), available at http://www.foxnews.com/printer_friendly_story/0,3566,510283,00.html (2009年4月10日閲覧)、Best Security Tips, *Virgin Media Slaps P2P with Three Strike Rule*, available at <http://www.bestsecuritytips.com/news+article.storyid+543.htm> (2009年4月10日閲覧)を参照。

⁴ Pamela Samuelson and Jason Schultz, *Should Copyright Owners Have to Give Notice of Their Use of Technological Protection Measures?*, 6 J. TELECOM. & HIGH TECH. L. 41 (2007) および Julie E. Cohen, *DRM and Privacy*, 18 BERKELEY TECH. L.J. 575 (2003)、Julie E. Cohen and Dan L. Burk, *Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems*, 15 HARV. J.L. & TECH. 41 (2001) を参照。

⁵ Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors*, 82 COLUM. L. REV. 1600 (1982)、Lydia Pallas Loren, *Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Per-*

に、利害の対立する当事者の一方または双方 (eg. 消費者もしくは法人の著作権者) を支援する個別のテクノロジーがもたらされることで生じた衝突や緊張関係により、社会のさまざまなレベルでの論争や⁶、国際条約⁷および国内の著作権法⁸の改廃、あるいはそうした新たな問題に関する多くの裁判例が登場している⁹。

本稿の目的は、私人が著作物を利用する手段や可能性をより広範なものとしうる技術を取り扱った日本の最新の裁判例を検討することにある。日本は、新規の技術やイノベーションの産出に専念する高度に発達した産業

mission Systems, 5 J. INTEL. PROP. L. 1 (1997)、Glynn S. Lunney, Jr., *Fair Use and Market Failure: Sony Revisited*, 82 B. U. L. REV. 975 (2002) を参照。

⁶ 例として、Fierce Telecom, *EU Can't Pass 3-Strike Rule for Illegal Downloaders* (written by Dough Mohny), available at http://www.fiercetelecom.com/story/eu-cant-pass-3-strike-rule-illegal-downloaders/2009-03-27?utm_medium=rss&utm_source=rss&cmp-id=OTC-RSS-FT0 (2009年4月10日閲覧)、MTV News, *RIAA Drops Piracy Suit Against 66-Year-Old Grandmother: Her Computer Is Incapable of Accessing P2P Network She's Accused of Using* (written by Joe D.' Angelo), available at <http://www.mtv.com/news/articles/1479303/20030925/index.jhtml> (2009年4月10日閲覧)、Betanews, *RIAA Sues Deceased Grandmother* (written by Nate Mook), available at <http://www.betanews.com/article/RIAA-Sues-Deceased-Grandmother/1107532260> (2009年4月10日閲覧)を参照。

⁷ 例として、WIPO Copyright Treaty, 20 Dec. 1996, 828 U.N.T.S. 3, available at http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/ip/wct/pdf/trtdocs_wo033.pdf (2009年4月10日閲覧) (以下、本稿では「WCT」という)、WIPO Performances and Phonograms Treaty, 20 Dec. 1996, 36 I.L.M. 76 (1997), available at http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/ip/wppt/pdf/trtdocs_wo034.pdf (2009年4月10日閲覧) (以下、本稿では「WPPT」という)を参照。

⁸ Digital Millennium Copyright Act of 1998, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2863 (1998) (17 U.S.C.に分散して法典化されている)および Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, OJ L 167/10, 22 Jun. 2001 を参照。

⁹ *Vereniging Buma and Stichting Stemra v. KaZaA B.V.* (Supreme Court, 19 Dec. 2003)、*MGM Studios v. Grokster, Ltd.*, 2005 U.S. LEXIS 5212 (27 Jun. 2005) および *Universal Music Australia Pty. Ltd. v. Shaman License Holdings Ltd.* [2005] F.C.A. 1242 を参照。

を有する国であると伝統的に理解されてきた¹⁰。同時に、他地域の先進国と同様、日本の企業は知的財産権の価値やその保護に絶大な信頼を置いている。複製や頒布のための新規の技術によって、日本の裁判所において多くの論争が生じ、裁判所は、そうした新規技術により使用や利益の享受の範囲が劇的に拡大した著作物の保護と当該新規技術とを共存させるか否かの問いを突きつけられているようにみえるかもしれないが、実際の状況は全く逆になっている。日本の裁判所は従前直接そのような論争に直面していなかったにもかかわらず、直近の数年に満たない間に、問題となっている商業活動に必要な不可欠な部分としてそうした技術を利用することの可否が極めて一般的に問われるようになった¹¹。

本稿は、最近知財高裁が判示したロクラク事件控訴審判決¹²を詳細に検討するものである。ロクラク事件控訴審判決の説示がともすれば日本の主要な放送事業者のような著作権者の法的な利益を軽視するものとして捉えられうるところ、本稿では、この説示は裁判所が与えられた状況下で適合可能な最も効率的な結論を示すものである旨の議論を展開する。したがって、本稿は、裁判所の説示が、日本の放送事業者、技術およびサービスの提供者あるいはユーザーとの間の利益対立を解消する綿密な衡量を完全に反映するものであり、裁判所の説示が日本特有の法的、社会的あるいは技術的環境に適合するものであると指摘する。

1. では、私人による著作物の私的使用を前提としたサービスの提供に関する考察を行う。まず、ロクラク事件における知財高裁の説示を概観する。同事件では、問題とされたサービス提供者が日本の主要なテレビ局の著作権および著作隣接権を侵害していないとしたのか、あるいはサービス

提供者が、ユーザーが所有する機器—どこにしようともインターネット回線を経由して放送されている番組あるいは録画済みの番組を視聴可能とする機器—を保管し保守を行う場合には、そうした権利を侵害するおそれを示しているのかが問題となった。一見すると、サービス提供者が私人の私的利用によって著作物を利用するビジネスモデルを構築したことは極めて自明なものであるとの議論が想定される。本稿は、類似のサービスに関する他の裁判例を検討することにより、サービス提供者が日本著作権法の下での著作権ならびに著作隣接権を侵害する、あるいはそうした権利を侵害するおそれを示す余地を裁判所が見いだしていることを示す。他の法域において判示された類似するあるいは類推可能な裁判例を考慮するのであれば、ロクラク事件の裁判所が誤った説示を為したとの批判に好意的な論拠が高まっている。これらの事件では、異なる法域の裁判所は、なべてユーザーが商業活動を利用して私的に非営利目的で著作物を利用する行為が著作権侵害となるか否かを判断する目的で、私的領域と公的領域とを峻別している。そのように峻別を行うことで、日本以外の他の法域の裁判所は著作物の利用に基づくサービスについて他人の著作権および著作隣接権を侵害していると帰結することが可能であった。

2. では、そうしたサービスを提供する者に著作権侵害の責任を負わせることの正当化に関する検討を行う。ロクラク事件ではサービス提供者に責任を負わせることを正当化する複数の根拠がありうるところ、本稿では、ユーザーによる著作権侵害行為を管理するとのコンセプトに基づいて、サービスを提供する者に対して間接的な責任を負わせることを正当化するものを分析するに止める。分析をこの範囲に止めるのは、著作権法をはじめとする知的財産法が、本来の不正競争を規制する法から純粋な財産権に関する法へとゆっくりとしかし着実に変容を遂げていると考えるからである。世界各地の国内法の近時の発展の過程で自身を強化する契機をほらむ結果、このプロセスは依然として進行中である。知的財産法がプロパティとして認識されればされるほど、著作物を利用するための多様な手段に関する新規でより進化したビジネスモデルを可能とする近時の技術の発展のペースに、知的財産法制度を対応させることがより必要不可欠なものとなる。そうした変容あるいは修正により、知的財産法のプロパティ・ルールとしての性質がより強調されている。したがって、知的創造物を利用す

¹⁰ イノベーションのプロセスに関する日本の組織の紹介として、William Lazonick, *The Innovative Firm*, in JAN FAGERBERG, DAVID C. MOWERY AND RICHARD R. NELSON (eds.), *THE OXFORD HANDBOOK OF INNOVATION* 29, 41-45 (OUP 2006) を参照。

¹¹ 日本の裁判例に関する優れた分析として、田村善之「講演録 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』(商事法務、2008年) 259頁、吉田克己「著作権の『間接侵害』と差止請求」田村善之編『新世代知的財産法政策学の創成』(有斐閣、2008年) 143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。

¹² 知財高判平成21・1・27平成20(ネ)10055 [ロクラク控訴審]。

る多様な商業活動に対して著作権者に十分な保護を与えるべく、プロパティ・ルールとして理解される現代の著作権法には、二つの選択肢が存在する。すなわち、著作物の直接的または間接的な商業利用に立脚してビジネスモデルを構築する者に対してのみ著作権法を修正するか、あるいは、そうした技術やサービスのユーザに著作権侵害の責任を負わしめた上で、間接責任の枠組みを用いてそうした活動から商業的な利益を得ている多くの者を捕捉するか、の選択肢である。多くの国では、二番目の選択肢が現在の主流である。

1. および2. における分析からは、とりわけ国内外で著作権保護の水準を強化する最近の風潮に照らせば、ロクラク事件において知財高裁が、類似の事例であるまねきTV事件¹³に続いて二度目の過ちを犯したように思われるかもしれない。しかし、3. では、全利害関係者一放送事業者、サービス提供者とサービスの利用者一間のバランス関係に影響を与える三つの想定しうるシナリオを精査してロクラク事件及びまねきTV事件双方の説示を解明する。この点を精査することにより、すべての利害関係者間の利益やその他の帰結に対する法的、経済的あるいは社会的なインパクトとなるものを含んだ三つのシナリオのメリットとデメリットを指摘し、慎重に検討する。本稿は、まねきTV事件とロクラク事件の双方で知財高裁が採りえた個々の手法を比較することにより、裁判所が状況に応じた最適な解決策を採用していることを示す。長期的には、この解決策は裁判所が適用しえた他の選択肢に比して、ユーザばかりか著作権者や技術・サービスの提供者に対しても害悪ではなく利益をもたらすであろう。

ロクラク事件の検討に基づいて、本稿は、多用途に用いられうる新規の技術やオンラインサービスの提供に関する事例で著作権侵害の範囲を拡張するよう裁判所が原告から求められた場合には、慎重な態度を取るべきとの議論を展開する。3. で示すように、特にそのような事案においては、その訴訟の当事者ではない利害関係者に重要な社会的費用が生じうることが容易に見過ごされうるため、裁判所は侵害の範囲の拡張には慎

¹³ 東京地判平成20・6・20判時1945号95頁 [まねきTV一審]、仮処分事件の抗告審決定として、知財高決平成18・12・22平成18(ラ)10009 [まねきTV抗告審]。

重であるべきである。

1. 著作物の私的利用を前提とするサービスの提供に関する検討

近時、ユーザによる著作物の私的利用を前提とするサービスが問題とされた裁判例が日本の著作権者、裁判所および一般大衆から注目を集めている。問題となっているサービスは、サービスの利用者によって為された著作物の私的複製もしくは私的な送信に関するものであった。直近の事例であるロクラク事件において日本の知財高裁は、そのようなサービス提供者の著作権侵害および著作隣接権侵害を否定した。一見すると、著作物利用を直前に前提とするビジネスモデルに関していかなる著作権および著作隣接権侵害をも否定したことを捉えて、裁判所が誤った説示を行ったように思われるかもしれない。しかし、類似の事例に関する日本の裁判所の従前の傾向に対するこの説示の「経路依存性¹⁴」を理解する必要がある。くわえて、この説示が適切なものであるか否かの評価に必要不可欠なもう一つの問題点は、サービスの基となっている個人による非営利目的のテレビ番組の複製や送信行為が、未だ私的領域に止まるものであって、いかなる著作権侵害の責任からもそのようなサービス提供者が免れうるのか否か、ということである。この問題を解明するためには、他の法域において裁判所が同一ないし類似の状況下で私的領域と公的領域の峻別を強調し、ロクラク事件に類似のサービスを提供する者の商業活動を捕捉すべく著作権侵害の概念を拡張するための議論を精査することが有用である。

1.1. ロクラク事件

ロクラク事件におけるサービス提供者は、利用者がインターネット接続

¹⁴ Oliver W. Holmes, *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457 (1897), reprinted in OLIVER W. HOLMES, COLLECTED LEGAL PAPERS 165 (Constable and Company, 1920)、DOUGLASS C. NORTH, INSTITUTIONS, INSTITUTIONAL CHANGE AND ECONOMIC PERFORMANCE 92-104 (CUP, 1990)、John O. Haley, *Law and Culture in China and Japan: A Framework for Analysis*, 27 MICH. J. INT'L L. 895 (2006) を参照。

を經由していつでもどこでもテレビ放送を視聴し録画することを可能とされていた。一見すると、提供されていたサービスはインターネットを經由した日本国内の地上波テレビ放送の一般的なストリーミングサービスのようにみえる。ロクラクのビジネスモデルの実際の技術的な構成はさておき、サービス提供者による商業活動は、WIPO 著作権条約¹⁵ 8条に規定される公衆伝達権もしくはWIPO 実演・レコード条約¹⁶ 10条および14条で保障されている送信可能化権の明白な侵害であると判断することは容易であるように思われる。双方の権利の類型は、日本著作権法23条の公衆送信権および92条の2、96条の2、99条の2の送信可能化権に対応するものである。

しかしながら、ロクラクⅡシステムの実際の技術的な仕様は、システムの提供者と使用者の行動が現に日本著作権法において著作権もしくは著作隣接権者が有する排他権の侵害を本当に侵害しているのかという議論を喚起した。被疑侵害者は、相互に通信可能となるよう排他的に接続された二台のユニットで構成される特別な機器を開発・製造した。まず、親機ロクラクと呼ばれる機器が通常のテレビ放送を受信してインターネット回線を經由して送信可能なデータに変換する。さらに、親機ロクラクは、テレビ放送を録画した上で、子機ロクラクと呼ばれる機器からのインターネット経由での送信指令に応じて録画データを送信する機能も有している。したがって、子機ロクラクを保有する者は、子機ロクラクの機能を用

¹⁵ WCT（前掲注(7)参照）8条を参照。同条は、「ベルヌ条約第11条(1)(ii)、第11条の2(1)(i)及び(ii)、第11条の3(1)(ii)、第14条(1)(ii)並びに第14条の2(1)の規定の適用を妨げることなく、文学的及び美術的著作物の著作権者、その著作物について、有線又は無線の方法による公衆への伝達（公衆のそれぞれが選択する場所及び時期において著作物の使用が可能となるような状態に当該著作物を置くことを含む。）を許諾する排他的権利を享有する。」と規定する。

¹⁶ WPPT（前掲注(7)参照）10条および14条を参照。10条は、「実演家は、レコードに固定されたその実演について、有線又は無線の方法により、公衆のそれぞれが選択する場所及び時期において利用が可能となるような状態に置くことを許諾する排他的権利を享有する。」、14条は「レコード製作者は、そのレコードについて、有線又は無線の方法により、公衆のそれぞれが選択する場所及び時期において利用が可能となるような状態に置くことを許諾する排他的権利を享有する。」と規定する。

いて親機ロクラクを遠隔操作し、テレビ放送のデータを受信することが可能とされていた。送信されたテレビ放送は一台の親機ロクラクと対応づけられた一台の子機ロクラクによってのみ受信可能であるため、被疑侵害者は、ユーザが著作物を私的かつ非営利目的¹⁷で使用するために当該技術を使用するものと捉えていた。なお、類似の装置が世界中の多くのメーカーによって発売されているものの、その子細は後述に譲る。

ロクラクⅡの装置の発売にくわえ、ロクラクⅡの製造者は、装置の購入者を対象にした装置のホスティングサービス—顧客が所有する親機ロクラクをメーカーの事業所内に保管しメンテナンスを行うサービス—を提供していた。製造者は、十分な品質のテレビ放送の信号をアンテナで受信して事業所内に設置された親機ロクラクへ信号を転送する一方、親機ロクラクからの信号は、当該親機と対応するユーザの手元にある子機ロクラクからの送信指令に応じて、製造者のサーバを通りインターネットを經由して対応する子機ロクラクへ送信されるよう手配しており、これによりホスティングサービスの対象となる機器を完全に機能させていた。したがって、個人のユーザは製造者の事業所内に蔵置された親機ロクラクを遠隔操作で直接操作することが可能であった。サービス提供者は単に蔵置した装置を適切に機能させて利用者がサービスから便益を得られるようにしていたに止まる。

ロクラク事件の控訴人（一審原告）である日本の主要なテレビ放送の事業者は、サービスの目的、装置に対する支配・管理、親子ロクラク間の通信に対する支配・管理といった、被控訴人（一審被告）の商業活動の側面を強調した。さらに、控訴人らは、被告がテレビ放送やテレビ番組を録画するための環境を作出し、ユーザによるテレビ放送の利用から経済的な利益を得ている旨主張した。

しかしながら、知財高裁は控訴人らの請求を棄却した¹⁸。知財高裁は、

¹⁷ 日本著作権法30条1項には、「非営利」との文言は明示的に存在せず、「個人的又は家庭内もしくはこれに準ずる範囲」と規定するに止まる。しかし、同項において上記のような私的複製の例外規定の範囲が限定されていることは、営利目的での複製について制限規定の範囲を拡張すべきではないことを示唆している。

¹⁸ 前掲注(12)知財高判〔ロクラク控訴審〕判決文31頁。

テレビ放送の録画による複製物はロクラクⅡサービスのユーザによって作成されたものであり、それゆえ当該複製は日本著作権法30条1項および102条1項の私的複製に該当すると結論づけた¹⁹。被控訴人は単にそうした適法行為のための環境や状況を提供していたに止まる²⁰。くわえて、ロクラクⅡサービスのユーザによる適法行為により、サービスの利用者の数が増大し累積すること一すなわちサービス提供者の行為の適法性の評価に際して影響を与えうる事情であるが一を理由に違法行為に転化することはない旨説示した。つまり、知財高裁は被控訴人の行動によって損害を受けることになるとする控訴人らの主張を採用しなかった。このような結論を導くにあたって裁判所は、著作物を利用する新規の手法を実現させる技術的な進歩の重要性を斟酌している²¹。

知財高裁は、被控訴人がテレビ放送の複製権および録音・録画権を直接侵害しているか否かについても検討を行った。裁判所は、著作権あるいは著作隣接権と抵触しうる被控訴人による複製行為を立証する十分な証拠がないとした。その上で裁判所は、著作権侵害行為のためのシステムを構築する行為への被控訴人の関与について詳細な検討を行った。過去のカラオケに関する事件²²において、日本の最高裁判所は、カラオケスナックの経営者が、来客による公の演奏に際しての関与の程度とその範囲を斟酌して著作権侵害の責任を負う旨判示した。しかしながら、知財高裁はロクラク事件において、サービス提供者についてそのような関与の存在を認定しなかった²³。

ロクラク事件に関する詳細な検討に入る前に、あらかじめコメントを付しておく。裁判所の説示は日本著作権法のかなり厳格な文言解釈に立脚するものであり、特に私的複製のための例外規定の解釈においてその点が顕著に現れている。裁判所は、サービス提供者が著作物から利益を得る行為(例：商業目的でテレビ放送を録画したり送信したりする行為)に明らか

に基づいてビジネスを構築していることという事実をさほど重視していない。サービス提供者がユーザによるテレビ番組や放送の使用から直接・間接を問わず何らの金銭的利益も得ていないとみることは困難である。それにもかかわらず、問題はユーザによる私的かつ非営利目的での著作物からの利益享受に基づくビジネスモデルを構築することを著作権法が禁止すべきか否かという点にある。この難問を解きあかし、次いでロクラク事件における知財高裁の説示の妥当性を検討するために、以下では、裁判所が現行の日本著作権法の下でサービス提供者に対して著作権や著作隣接権侵害を問責する十分な余地を有するか否かに関して検討を行う。

1.2. 日本の近時の裁判例の視点からのロクラク事件の検討

最近の10年、私的利用の目的でユーザが著作物を利用することを前提としたさまざまなサービスが、著作権あるいは著作隣接権を侵害するか否かを問う訴訟が日本の裁判所に提起されてきた。個々の事例には、テレビ放送の録画あるいは再送信におけるサービス提供者の関与の具体的な程度に一定のばらつきがある。知財高裁が、ロクラク事件の被疑侵害者が著作権や著作隣接権を直接侵害したのか、あるいは著作権や著作隣接権を侵害するための環境を作出したのかを判断する余地があるのか否かを検討するにあたり、以下の分析は、提供される装置やサービスの技術的な仕様を理由として、問題とされたサービスの提供者に対して著作権侵害の責任を肯定するに足りる十分な論拠を裁判所に提供する事実関係のある事例から着手する。

そのような事例の一つとして選撮見録事件²⁴がある。選撮見録事件では、被疑侵害者は不動産のディベロッパーにサーバを販売し、不動産のディベロッパーは集合住宅に購入したサーバを設置していた。必要な技術サポートを施されたサーバにより、集合住宅の各住戸の個人の所有者は、特定のテレビ番組を録画するための指令をサーバに送信し、後日録画された番組をいつでも便宜な時に各住戸において視聴することが可能であった。選撮見録のシステムでは、複数の利用者が同一のテレビ番組の録画を指令した

¹⁹ 前掲注(12)知財高判〔ロクラク控訴審〕判決文31-32頁。

²⁰ 前掲注(12)知財高判〔ロクラク控訴審〕判決文32頁。

²¹ 前掲注(12)知財高判〔ロクラク控訴審〕判決文32頁。

²² 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〕。

²³ 前掲注(12)知財高判〔ロクラク控訴審〕判決文33頁。

²⁴ 大阪高判平成19・6・14判時1991号122頁〔選撮見録控訴審〕。

場合であっても、作成される当該テレビ番組の録画データは一つのみであった²⁵。被疑侵害者が製造・販売するサーバには、常に一つの録画データしか保存されていなかったのである。その録画データは、録画を指示した複数の利用者によってアクセスと視聴が可能であった。それゆえ、大阪高裁は、被疑侵害者が著作権を侵害するよう設計されたシステムを供給することで著作権を侵害していると結論づけた。くわえて、被疑侵害者はシステム全体を遠隔操作で継続的に制御しメンテナンスを行う能力を有していた。複数の受信者に対して単一の録画データが送信されていたため、裁判所は被疑侵害者による公衆送信権侵害をも肯定することができた。

選撮見録事件において提供されていたシステムに類似するサービスの問題点によって著作権侵害の責任が肯定されるのを避けるため、録画ネット事件²⁶の被疑侵害者は、被疑侵害者が保有するテレビチューナー付きのパソコンをユーザが購入する必要があるようにシステムを構築した。当該パソコンはアンテナやブースタその他テレビ放送波を受信するために必要な装置に接続されてテレビ放送波を受信可能な状態となっている一方、当該パソコンはインターネットに接続されてユーザが保有するパソコンからアクセス可能となっていた。サービス提供者が提供する特別のアプリケーションにより、ユーザは遠隔操作でテレビチューナー付きのパソコンを操作してユーザが選択したテレビ番組を録画して視聴することができた。くわえて、被疑侵害者はシステム全体の稼働を制御し管理することが可能であった。

個々のパソコンは一人のユーザが直接使用するに止められていたにもかかわらず、知財高裁は個々のパソコンの所有権の移転は仮装に止まり、実際には移転していない旨判示した。その上で裁判所は、これらのパソコンが、サービスの提供のために特別に設定され、アンテナやサービス提供

者とユーザとの間の通信ネットワークに接続されていたことを以て、一体となって単一のシステムを構成すると評価した。このように、裁判所は様々な理由によりテレビ番組の録画の主体がサービス提供者であると認定したのである。サービス提供者がシステムを構築し制御していた目的は、ユーザが録画されたテレビ放送のデータを受信可能とすることにあった。サービス提供者は、保管していたユーザのパソコンが適切に機能するために必要な環境を提供していた。くわえて、この録画システムは単一のシステムとして維持管理されている旨裁判所によって認定された。最後に、サービス提供者はユーザが提供されたシステムを使用可能となるよう設定を行った。サービス提供者はどの放送番組が録画可能であるかを決定し、認証システムを通じてユーザがどのように録画データにアクセスするかをコントロールしていた。

この結論をロクラク事件と比較すると、裁判所が同様の論理構成をロクラク事件に適用した場合、録画ネット事件と同様の結論が容易に導き出されよう。換言すれば、ロクラクⅡのシステムはユーザによるテレビ放送の利用が前提となっており、サービス提供者はシステム全体を単一のものとして設計していたのである。現に、一審の東京地裁判決²⁷は、ロクラク事件について録画ネット事件と同様の結論に至っている。しかしながら、これらの事件は、テレビ放送の録画およびストリーミングのシステム全体の実際の設計において相違している。録画ネット事件における知財高裁の認定によれば、テレビチューナー付きのパソコンはシステム全体から切り離すことができなかったのに対し、ロクラクⅡのシステムではサービス提供者によるサービスの提供がなくとも使用可能な装置が採用されていたのである。

ロクラク事件の控訴審判決に暗黙裡に影響を与えたのではないかと推察されるさらなる状況として、他のメーカーからロクラクⅡの装置と同様のインターネットを利用した多機能の機器が発売され、市場で広く流通していたことを挙げることができるかもしれない。実際の機能は機器ごとに多少の相違はあるものの、主たる機能は一対一対応のとれた装置の間でテレビ番組のライブ・ストリーミングを行う、あるいは録画されたテレビ番

²⁵ 提供されていたサーバは「全局録画モード（一週間分かつ五局分の番組すべてを録画）」と「個別録画モード（録画すべき番組を個別に予約）」の二つのモードで動作可能であり、それら二つのモードでの動作は詳細には異なっていたものの、そうした差異は日本著作権法においては提供されるサービスの最終的な評価に際しては影響を与えるものではなかった。

²⁶ 知財高決平成17・11・15平成17(ラ)10007 [録画ネット抗告審]。

²⁷ 東京地判平成20・5・28判時2029号125頁 [ロクラク本案一審]。

組を転送するというものである。片方の装置がテレビ放送を受信し、録画し、さらにインターネットを経由してもう一方の装置にテレビ放送を送信することで、ユーザは任意のタイミングで場所を問わず生放送あるいは録画された放送を視聴することが可能となる。いずれの装置も、メインの送信機から送信されたテレビ放送を同時に受信可能な受信機が一台のみとなるように親機と子機が組み合わされていた。この新しい種類の技術は、市場における一定の顧客層の需要を満足するために、ユーザがテレビ放送をタイムシフトおよびスペースシフトして利用することを可能とするよう設計されたものである。各国の国内の著作権法が要求する個々の要件に対する適合性に関しては、そのような装置としては最初のものであったSlingboxが米国の市場に登場した際、直ちにハリウッド²⁸や関連産業²⁹からの猛烈な反発が起きたことを明記しておく必要がある。

日本では、その種の機器やサービスで裁判例の対象となった者は二件あり、それぞれ別事業者によって提供されている。その一件が既述のロクラク事件であり、もう一件がまねきTV事件である。まねきTV事件では、ロクラク事件とは異なり、市場で自由に入手可能なソニー製の「ロケーションフリーテレビ」を使用していた。これまでのところ、「ロケーションフリーテレビ」の機能が、日本の著作権法に適合するか否かが直接疑問視されることはなかった。この種の装置で生成された複製物は、日本著作権法30条1項および102条1項の私的複製の例外の適用を受けられると一般に理解されている。親機と子機間での複製物の送信についても、両機が一対一対応となっており他のユーザは当該複製物を視聴できないことから、日

²⁸ たとえば、Andrew Wallenstein, *Slingbox Could Spark New Lawsuits: Place-Shifting Slingbox at Edge of New Frontier*, The Hollywood Reporter, 6 Jul. 2005, available at http://www.hollywoodreporter.com/hr/search/article_display.jsp?vnu_content_id=1000973572 (2009年4月10日閲覧)を参照。

²⁹ Erica Ogg, *MLB Aims Brushback Pitch at Slingbox*, CNET News, 1 Jun. 2007, available at http://news.cnet.com/MLB-aims-brushback-pitch-at-Slingbox/2100-1030_3-6187915.html (2009年4月10日閲覧)と、K.C. Jones, *NHL Checks Slingbox To Encourage Video-Sharing*, available at http://www.marketresearchworld.net/index.php?option=com_content&task=view&id=1410&Itemid=76 (2009年4月10日閲覧)とを比較されたい。

本著作権法の公衆送信権³⁰および送信可能化権³¹の侵害に該当することはないと考えられている。

まねきTV事件のサービス提供者は、システムを管理し制御するための特別なソフトウェアを設計したわけではなく単に市販の機器を組み合わせたにすぎないことを理由として、知財高裁はまねきTV事件の事案を、市場で自由に入手可能であって適法な機器を提供しているにすぎないと評価した。サービス提供者の事業を日本の著作権法の適用を免れるために構築されたものとみなすこともなかった。くわえて、サービス提供者は、問題となったサービスをオプションとして提供したにすぎない。ユーザは「ロケーションフリーテレビ」を購入した上で自宅で使用することも、サービス提供者に対して保管費用、設備費用、保守費用を含む月極の場所代を支払った上で「ロケーションフリーテレビ」をサービス提供者の事業所に蔵置することも可能であった。サービス提供者が市販の装置を蔵置し保守を行うに止まっていたために、裁判所はそれをこえて被告が著作権および著作隣接権を侵害する行為を為しているとはみなさなかった。

これらの事件に関して言えば、まねきTV事件とロクラク事件は共に、明らかにユーザによる著作物の利用に基づいたビジネスモデルに関する事例であることに注意が必要である。双方の事件とも、サービス提供者の積極的関与がない純然たる私的複製や私的な送信に関する事例ではない。それにもかかわらず、日本の裁判所は、いずれの事案においてもこうした事情を侵害を肯定する方向に斟酌することはなかった。裁判所は、単に日本著作権法の個別の条項を文言どおりに適用した結果、テレビ番組の録画や再送信を行った者が被告サービスの利用者であり、しかもその利用者が私的かつ非営利の目的でこれらの行為を為したと結論づけることができたのである。

既に述べたように、知財高裁は、いずれの事件のサービス提供者についても直接侵害を肯定したり、他人の著作権・著作隣接権の侵害に必要な環境を作出していると認定したりするように日本著作権法を解釈する十分な余地を有していた。これらの事例において知財高裁が適用した手法の適

³⁰ 日本著作権法23条。

³¹ 日本著作権法92条の2、96条の2および99条の2。

切性に関し、新たな視点を提供するために、以下では、他の法域における類似の事例に関する裁判所の手法との比較を行ってみよう。

1.3. 私的領域と公的領域の峻別に関して

多くの法域では、ユーザによる私的かつ非営利目的での著作物利用を前提とした多様なビジネスモデルを如何に評価するかに関する問題が論争の的となっている。その主たる原因は、著作権および著作隣接権を含む知的財産権がプロパティであるとの伝統的な理解にある。知的財産権の法的保護の背景にある主要な理論は、自らの知的労働の成果から他人が利益を得た場合、知的労働を投下した者はそれを不公正であると考えろということである。しかし、近代の著作権法は元来の不正競争を規制する性質のものから、現在主流のプロパティとしての特質を有するものへと変容を遂げてしまっている。新規の技術により著作物を利用可能な者の範囲が、著作物を直接商業的に利用する事業者をこえて広がってしまったために、現代の著作権法は、著作物の直接または間接的な利用を前提とする様々な商業活動に対して直接法を適用する効率性を欠く点で重大な欠陥を抱えている。この効率性の欠如を克服するため、私的領域で生じた利用と公的領域で為された利用とを区別できるようなかたちでその法域の著作権法を解釈する裁判所もある。この手法により、新技術によってもたらされた著作物の商業利用のための新たな手法に対応するために、裁判所は部分的にせよ関連する著作権法を適応させている。ロクラク事件およびまねきTV事件に関しては、裁判所がユーザによる著作物の複製や演奏を前提とする多様なビジネスモデルに対して行った法の適応のさせ方に着目して、以下検討してみよう。

(a) ユーザによる著作物の複製に基づいたビジネスモデル

デジタル複製技術あるいはネットワーク技術により、事業者は様々な形態のビジネスモデルを構築することが可能となった。そうしたビジネスモデルの中核となる、もしくは付随的なサービスは、ユーザによる私的かつ非営利目的での著作物の複製に基づくものである。たとえば、英国の事例

である Sony Music Entertainment (UK) Limited v. Easyinternetcafe Ltd. (以下、「Easyinternetcafe事件」という)³²では、被告であるインターネットカフェは顧客にCDを焼くサービスを提供していた。インターネットカフェにある個人用フォルダにインターネットからダウンロードしたファイルを保存した後、ユーザはインターネットカフェの従業員に当該ファイルをCDに焼くよう依頼することが可能とされていた³³。インターネットカフェの従業員は、顧客の同意なしには空のディスクに焼き込まれるダウンロードされたファイルを参照することができなかったにもかかわらず、高等法院は被告の「非自発的複製」の抗弁を退けた³⁴。裁判所は、そうした事態は、営利的な事業活動を遂行する上であえてディスクに焼き込まれるファイルについて関知しない形態を選択したことにより、生じたにすぎないと指摘した³⁵。その上で裁判所は、たとえ犯意 (mens rea) の抗弁³⁶を主張しえたとしても、被告はあらかじめ自らの商業活動において著作権侵害が発生していないかを確認する義務があると説示した。その際高等法院は、人はいかなる状況においても「自動的には」行動することはないと帰結したのである³⁷。

Easyinternetcafe事件は、被告のネットワークを経由して被告が維持管理する装置に対してユーザの指令が送信される事例に関する前述した二件

³² *Easyinternetcafe* [2003] E.W.H.C. 62.

³³ 被告は、CD-Rそのものの販売についてもCD-Rへの焼き込みサービスについても一律に、ディスク一枚あたり2.5英ポンドを徴収していた。

³⁴ See *Easyinternetcafe* [2003] E.W.H.C. 62, at § 37.

³⁵ See *id.* at § 35.

³⁶ 「mens rea(犯意)」と「actus reus(行為)」の区別に関する詳細については、ALAN R. WHITE, *FOUNDATIONS OF LIABILITY: AN INTRODUCTION TO THE PHILOSOPHY OF LAW* 43-47 (Clarendon Press, 1985)、LEO KATZ, *BAD ACTS AND GUILTY MINDS: CONUNDRUMS OF THE CRIMINAL LAW* 165-209 (University of Chicago Press, 1987)、Michael S. Moore, *Intentions and Mens Rea*, in RUTH GAVISON (ed.), *ISSUES IN CONTEMPORARY LEGAL PHILOSOPHY: THE INFLUENCE OF H.L.A. HART* 245-70 (Clarendon Press, 1987)、John Finnis, *Intention in Tort Law*, in DAVID G. OWEN (ed.), *PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF TORT LAW*, reprint edn., 229-47 (OUP, 2001)を参照されたい。

³⁷ See *Easyinternetcafe* [2003] E.W.H.C. 62, at § 36.

の日本の裁判例と比較することが可能である。そのような手法を採用することにより、被告は内容を参照しないという選択肢を採用した上で、単に著作物の利用に基づくビジネスを構築したことになる。もっとも、Easyinternetcafe 事件と日本の事件には相応の相違点を認めることもできる。Easyinternetcafe の経営者は顧客のために CD に著作権侵害のファイルを焼き込む際にボタンを押していたのに対し、日本の二つの事件のサービス提供者は物理的にはそうした行為を為していないのである。日本の事件のサービス提供者は、ユーザが一対一対応の装置間のデジタル・ネットワークを通じてコマンドを送信してそのような行為を為すためのネットワークを構築していたにすぎないのである。

まねき TV 事件やロクラク事件にさらに類似のビジネスモデルを用いたのが、米国の Cartoon Network LP, LLLP v. CSC Holdings, Inc.³⁸ (以下、「Cablevision 事件」という)の被告である。同事件では、Cablevision Systems Corporation のサーバベースのデジタルビデオレコーダーによって利用者が遠隔操作でテレビ番組を録画し、事後的に Cablevision (ケーブルテレビの事業者である) から録画されたデータの再送信を受けて視聴することが可能とされていた。利用者は、被告が提供する装置を用いて被告が管理するシステムに遠隔操作で指令を送信することができる。利用者からの指令に応じて、システムは自動的に指定されたテレビ番組を録画していたのである。録画データはサービス提供者のサーバに記録され、録画を指令した利用者のみが当該データをデコードして視聴可能であった。最終的に転送されるテレビ番組の録画ばかりでなく、サービスの過程でバッファにおいて複数のテレビ番組の複製物が生成されていた。これらを踏まえ、米国の裁判所は、この事件に関して二つのタイプの再送信されたテレビ番組の複製を観念した。すなわち、バッファのデータと、利用者が事後的に視聴するために遠隔操作で録画予約した再生用の複製物である。

³⁸ *Twentieth Century Fox Film Corp. v. Cablevision Sys. Corp.*, 478 F. Supp. 2d 607, 2007 U.S. Dist. LEXIS 20787 (S.D.N.Y., 2007) (以下、「*Cablevision I*」という)、*Cartoon Network LP, LLLP v. CSC Holdings, Inc.*, 536 F.3d 121, 2008 U.S. App. LEXIS 16458 (2d Cir. N.Y., Aug. 4, 2008) (以下、「*Cablevision II*」という)を参照。

被告の管理するシステムがいわゆる再生用データを作成する前にバッファに作成する著作物の複製物に関して、裁判所はバッファに作成されたデータが、「著作物は、再製あるいは伝達されうる創作物から [有体物に] 何らかの手段によって『固定』されている」ことを要件とする米国著作権法101条³⁹の「複製」の要件を充足するか否かを判断する必要があった。この条項の解釈に基づいて、ニューヨーク南部地区連邦地裁は、バッファのデータが「再製可能であることは疑いない⁴⁰」として、被告が作成したバッファのデータはこの条項にいう複製物に該当すると結論づけた⁴¹。しかしながら、第二巡回区控訴裁判所は、101条にいう「複製物」や「固定」の文言の定義は、「具象化」と「継続性」という二つの要件を課していると指摘して、そのような拡大解釈を退けた。第二巡回区控訴裁判所は、バッファのデータが1.2秒以上残存しないことを理由に、「著作物はバッファにおいて一瞬存在するのみで『具象化』されておらず、それゆえバッファに『固定』されているとは言えない⁴²」としたのである。

いわゆる再生用データに関しては、米国の裁判所は再送信されたテレビ番組の複製を実際に行った者—ユーザもしくはサービス提供者—を特定することになった。連邦地裁は、問題の複製物をシステムの稼働に「付随して生じたもの」ではなく、むしろ「システムの稼働のための手段」として生成されたものと捉えた⁴³。したがって、裁判所は「問題の複製物の作成にあたって、システムの作用が主たる役割を果たしており、その結果、問題の複製物は、ユーザからの要求に応じたものではあるが、それを為したのはユーザではなく Cablevision である」と判示した⁴⁴。他方で、第二巡回区控訴裁判所の説示は、「指示に応じて複製物を自動的に生成するシステムへのアクセス権を販売する点で、Cablevision は店内でコピー機を顧客に利用させて対価を得る店主にきわめて類似しており、ゆえに、その他の

³⁹ Copyright Act of 1976, Pub. L. No. 94-553, 90 Stat. 2541, as amended.

⁴⁰ *Cablevision I*, 478 F. Supp. 2d at 621-22.

⁴¹ See *Cablevision II*, 536 F.3d at 127.

⁴² *Id.* at 130.

⁴³ See *Cablevision I*, 478 F. Supp. 2d at 620.

⁴⁴ *Id.* at 621.

事情がつけ加わらないのであれば、顧客が実際にコピー機を使用する際に店主自身がコピーを為していることと捉えることは、正鵠を射ていない⁴⁵旨を問いただすものであった。さらに、第二巡回区控訴裁判所は、直接侵害と間接侵害の境界線を明確なものとしておくことの重要性を強調した。そしてこの事件において、「継続的な関係」や、被告によってシステムの運用が管理されていること、あるいは、被告が運営するシステムにおいて「道具的に」複製が為されているということといった、認定された事実の多くの要素が、「むしろ寄与責任の問題にかかわるものである」⁴⁶ように第二巡回区控訴裁判所には思われたのである。したがって、裁判所は、「本件の事実関係に鑑みると、[Remote Storage Digital Video Recorder (RS-DVR)]システムにおいて生成される複製物はRS-DVRの利用者によって生成されるものであり、利用者に本件システムを提供することによる利用者の複製行為へのCablevisionの関与は、直接侵害の責任を課すに値するものではない」と結論づけた⁴⁷。もちろん、第二巡回区控訴裁判所は、被告に対して著作権侵害に関する間接的な責任を課すことを排除していない。しかし、審理の対象が限定されていたために、間接的な侵害の問題は同裁判所では扱われなかった。

英国と類似の法的な伝統を有するオーストラリアの裁判例にも、ユーザによる著作物の複製を前提とするビジネスモデルの是非を検討したものがある。この事例は、デジタル技術の利用に関するものではないが、被告によって構築された事業の全体の設計が日本の二つの事例と酷似している。この事例では、図書館が書籍や雑誌その他の著作物の複写をさせることを可能とする装置を導入し、来館者から若干ながら料金を徴収することの是非が問題となった。

オーストラリアの事件は、来館者に対してコピー機を提供する大学図書館に関するものであった。Moorhouse and Angus & Robertson (Publishers) Pty Ltd. v. University of New South Wales⁴⁸では、ニューサウスウェールズ大学

が図書館のコピー機を用いて学生が行うさまざまな著作権侵害行為を承認していたということで責任を負うべきか否かが争点とされていた。ニューサウスウェールズ州最高裁・エクイティ部のHutley判事は、図書館と実際にコピーを行った者の関係を、土地の所有者と不法侵入者の関係になぞらえた。「土地の周囲をフェンスで囲むことができた、あるいは見張りが十分なものではなかったということを証明しても、そのことは土地の所有者が侵害者による土地の収奪を許諾したことの証明にはならない」というのである⁴⁹。

しかしながら、オーストラリアの連邦最高裁判所は異なる結論を採用した⁵⁰。最高裁は、大学が包括的な承認を与えていたか、もしくは与えることを意図していたと説示した。なぜならば、大学は著作権侵害を管理し、認識していたか、もしくは疑うに足る理由をもっていただからである。Harry Gibbs判事は以下のように述べた。

「これらの法理の言辞からすれば、コピー機のような著作権侵害に用いられる装置を管理し、侵害に用いられることを認識し、または疑う理由を有し、しかもその用途を適法な用途に使用されるように仕向ける合理的な措置を怠った者は、当該装置を使用した結果もたらされる侵害行為を承認していると評価できるように思われる。」⁵¹

その結果、大学は適切な措置を講じなければ著作権侵害が生じたであろうことを疑うに足る理由を有していたとされた。にもかかわらず、大学はそうした措置—コピー機の使用に関する監督や、コピー機を使用して著作権侵害をしないよう利用者に対して警告する等—を講じなかった⁵²。さら

Wales [1975] R.P.C. 454 (*Moorhouse v. University of New South Wales I*); *Moorhouse v. University of New South Wales II* [1976] R.P.C. 151.

⁴⁹ See *Moorhouse v. University of New South Wales I* [1975] R.P.C. at 467 (*per* Hutley J.A.).

⁵⁰ See *Moorhouse v. University of New South Wales II* [1976] R.P.C. 151.

⁵¹ See *Moorhouse v. University of New South Wales II* [1976] R.P.C. at 159.

⁵² Cf. *Nationwide News Pty Ltd. and Others v. Copyright Agency Ltd.* [1996] 136 A.L.R.

⁴⁵ *Cablevision II*, 536 F.3d at 132.

⁴⁶ *Id.* at 132.

⁴⁷ *Id.* at 133.

⁴⁸ *Moorhouse and Angus & Robertson (Publishers) Pty Ltd. v. University of New South*

に大学は、複製されるであろう資料ばかりでなくコピー機や用紙をも提供していた。これらのことから、オーストラリアの連邦最高裁判所は、大学がコピー機を提供し、コピー機と複製される資料の管理を継続することで違法複製を承認していると結論づけた⁵³。

英国およびオーストラリアの二つの裁判例と日本の裁判例を比較すると、一見、日本の知財高裁がその説示において誤りを犯したように思われるかもしれない。こうした批判は、直接侵害を否定した Cablevision 事件における第二巡回区控訴裁判所の判決が存在することによっても、決して弱められるものではない。なぜならば、第二巡回区控訴裁判所は、審理範囲が限定されていたため、利用者の行為が fair use に該当するか否か、あるいはサービス提供者がそうした著作権侵害となる行為について間接的に責任を負うか否かを判断していないからである。しかし、使用者自身が個人的にまたは家庭内その他これに準ずる限られた範囲内において使用するために行う複製について、日本では私的複製の例外により非侵害となることを銘記しておかなければならない⁵⁴。逆に、英国およびオーストラリアの著作権法は相対的には若干狭い fair dealing の概念を採用している。英国およびオーストラリアの状況下では、個人による著作物の複製行為といえども、場合によっては著作権侵害の責任から免れえないのである。

この相違点は、日本著作権法のような私的複製の例外規定を有するドイツ著作権法における裁判例について検討する際に、より自明なものとなる。ドイツの裁判所は、顧客に対して私的複製のための場所と手段を提供するコピー店に関する事例において、顧客による著作物の複製行為に基づくビジネスモデルについて取り扱った。顧客が第三者が提供する場所や手段を用いて複製行為を行った場合に関して、ドイツの連邦通常裁判所は、コピー店でコピー機を使用可能とする行為と、顧客が当該コピー機を用いて行う違法複製との間に、相当因果関係を認定した。コピー機の提供行為によって複製がより容易となるため、提供行為により著作権者に対する潜在的な危険の源が創出されることになる。ゆえに、裁判所はコピー店の経営者

273, 295.

⁵³ See *Moorhouse v. University of New South Wales II* [1976] R.P.C. 151.

⁵⁴ 日本著作権法30条1項。

に対し、顧客による侵害行為を回避するための合理的な手段を講ずる義務があると結論づけたのである。同時に裁判所は、コピー店の経営者の権限が無限ではないと指摘している。サービス提供者は、ドイツ連邦共和国基本法1条および2条により、プライバシーに関する境界線をこえることは許されない。コピー店の来客のうち一定数はコピー機を非侵害用途に使用する蓋然性があり、サービス提供者はすべてのコピーを監視して侵害を排除する必要はないのである。その代替として、コピー店は、コピー機の使用を規制する一般的な規定を店舗に設ければ十分であり、当該規定は顧客に対して著作権を侵害しないよう注意を喚起していれば良いのである⁵⁵。プライバシーの問題はこの事件の結果にかなりの影響を与えたといえることができる⁵⁶。

(b) ユーザによる著作物の演奏に基づくビジネスモデル

私的かつ非営利目的で私人が行う著作物の演奏を前提とするビジネスモデルも、私的領域と公的領域の峻別に関する論争を引き起こした。米国では、「公の演奏」について規定する米国著作権法⁵⁷101条の解釈が問題とされている。101条は二つの項で構成されている。1項はいわゆる「公の場所」に関する規定であり、「公衆に開放された場所、または家庭および家族と社会的に親しい関係にある者の通常の範囲をこえる相当多数が参集している場所において演奏する行為」を「著作物を『公に』演奏する行為」と定義する⁵⁸。この第一の類型は自明であるのに対し、第二の類型は公に準ずる場所に関するものと一般にいわれており、規模あるいは聴衆の構成

⁵⁵ “copy shop” case, 1984 GRUR 54 (BGH, 9 Jun. 1983) を参照。

⁵⁶ Kamiel J. Koelman *et al.*, *Liability for Online Intermediaries*, at 16-17 (Institute for Information Law, 1998), available at http://www.imprimatur.net/IMP_FTP/liab.pdf (2003年8月21日閲覧)、ANDREAS DUSTMANN, DIE PRIVILEGIERTEN PROVIDER: HAFTUNGSEINSCHRÄNKUNGEN IM INTERNET AUS URHEBERRECHTLICHER SICHT 52 (Nomos Verlagsgesellschaft, 2001) を参照。

⁵⁷ Copyright Act of 1976, Pub. L. No. 94-553, 90 Stat. 2541, as amended.

⁵⁸ 米国著作権法101条。

によって決せられる⁵⁹。いわゆる「送信」条項は、「『公の場所』条項」に規定された場所もしくは公衆に対して、いかなる装置もしくは手段を用いて行かざるを問わず、公衆が同一の場所か別の場所において、あるいは同時か異なる時期に受け取るかを問わず、送信もしくはその他の方法で伝達を行うこと」を「著作物を『公に』演奏する行為」と規定する⁶⁰。

多種多様な実演の形態を通じた著作物の利用を前提とする多数のビジネスモデルに対応するため、米国の裁判所は101条をきわめて広く解釈している。Columbia Pictures Industries, Inc. v. Redd Horne, Inc.⁶¹（以下、「Redd Horne事件」という）では、被告は小さな映写室を備えたレンタル店を二店舗経営していた。顧客は映写室で視聴するための任意のビデオカセットを選択することができた。しかし、再生のためのビデオデッキは映写室ではなく店舗の中央に置かれていた。くわえて、被告の従業員だけがビデオデッキを操作可能であり、信号はビデオデッキから映写室のモニターへと送信されていた。これらのことから、Redd Horne 事件はサービス提供者の行為に関する点で Easyinternetcafe 事件と対比することができる。これら二つの事件は、被疑侵害者について侵害を主張する基礎となる支分権が相違するに止まる。すなわち、Redd Horne 事件では実演権であり、Easyinternetcafe 事件では複製権であった。

Redd Horne 事件では、第三巡回区控訴裁判所は、地裁の「ショーケースモデルは、従来の映画館におけるフィルムの上映と有意に相違することはない」との説示に賛意を示すとともに、以下のように続けた⁶²。

「Maxwell's が提供するサービスは本質的に映画館と同一であり、プライバシーの要素が付加されているに止まる。著作権法101条にいう『場所』とは、Maxwell's の二つの店舗であって、各店舗にある個々の映写室ではない。なぜなら、単にビデオカセットが個別に視聴可能であるからといって、Maxwell's が公衆に開放されている

という疑いのない事実が変わることはないからである。」⁶³

「送信」の規定の解釈に関して、第三巡回区控訴裁判所は、米国著作権法に関する権威である Nimmer 教授の著書を引用した。

「劇場によっては、顧客が独立の映写室を与えられ、プライバシーを享受し、所定の映画の所定の上映開始時間を待たなくても済むようなものも想定することができる。著作権法に内在する原理に照らせば、こうした劇場における上演も公の実演に該当すべきことは自明である。」⁶⁴

したがって、第三巡回区控訴裁判所は、被告が異なる場所であるいは異なった時間に公衆の多数の構成員に同一の複製物を提示したと帰結した。ゆえに、裁判所の理由づけは主として「送信」条項に基づいているように思われる。

Redd Horne 事件とは異なり、Columbia Pictures Industries, Inc. v. Aveco, Inc.⁶⁵（以下、「Aveco事件」という）の被告は、従業員の関与がさらに希薄なビジネスモデルを構築した。ビデオデッキは個室に置かれており、顧客が直接操作してビデオを視聴するのである。さらに、顧客は被告から借り出したビデオカセットだけではなく、自らビデオカセットを持ち込んで店舗において視聴することも認められていた。ビデオデッキの操作を含むすべての行為が、被告の従業員の何らの関与もなしに顧客により個室において為された旨を被告が強調したのに対し、第三巡回区控訴裁判所は、公に開かれた場所における実演というためには、必ずしも実演が行われた場所に実際に多数の人がいることまでは求められていないとした。その際裁判所は、電話ボックス、タクシー、公衆トイレなどのように、使用される際には特定の者に占有されるものではあるが、「公衆に開放された場所」と

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Columbia Pictures Industries, Inc. v. Redd Horne, Inc.*, 749 F.2d 154 (3d Cir. 1984).

⁶² *Id.* at 159 (quoting 568 F. Supp. at 500).

⁶³ *Id.* at 159.

⁶⁴ MELVILLE B. NIMMER AND DAVID NIMMER, *NIMMER ON COPYRIGHT*, 2-8, § 8.14[C][3], available at <http://www.lexis.com> (2009年4月10日閲覧).

⁶⁵ *Columbia Pictures Industries, Inc. v. Aveco, Inc.*, 800 F.2d 59 (3d Cir. 1986).

して通常扱われるものであることは周知の通りであるとする有名な説示を付加している⁶⁶。さらに、Redd Horne 事件の説示については「ビデオデッキの実際の設置場所ではなく Maxwell's の店舗の実態に基づいたものである」ことを明確なものとした⁶⁷。これらのことから、裁判所は「この誰もが利用可能であるという性質が Maxwell's の店舗を公の場所」とし、それゆえ、被告による管理を以て原告の著作物の公の実演を承認したものと評価する結論に至ったのである⁶⁸。

この判決には、「公の場所」条項に基づくものか、「送信」条項に基づいているのかという点に関して若干の混乱が認められる。この判決は「送信」条項に基づく事件である Redd Horne 事件に言及しているものの、第三巡回区控訴裁判所は「公の場所」条項に基づいて説示しているように思われる⁶⁹。もっとも、どの条項に基づいていたにせよ、裁判所はいずれかの概念を拡張せざるをえなかったのである。この点に関して、裁判所にとって判断の決め手となった事項が、誰が現実にはビデオデッキを操作していたかではなく、誰が実際に本件サービスを提供していたかという点であることに注意すべきである。それゆえに、第三巡回区控訴裁判所が示した帰結は、日本の最高裁判所および下級審の裁判所が前述したカラオケの事件⁷⁰や、実際に演奏が為される際にはプライバシーが確保された状態であるものの著作物の演奏に必要な環境（例：演奏装置、著作物が録音された媒体、

あるいは演奏のための場所）を提供するサービス提供者が介在する類似のカラオケの事件⁷¹で示した結論と、きわめて似通ったものとなっているのである。

まねき TV 事件やロクラク事件により類似したビジネスモデルを提供していたのが、米国の Cablevision 事件の被告である。同事件において、裁判所は Cablevision の利用者が後日、任意の時間に任意の場所でテレビ番組を視聴することができるよう、録画したデータをストリーミングする行為の是非を検討することを迫られた。この事件における主要な論点は、再送信されるテレビ番組の録画を指示した利用者が保有する装置によってのみ個々の録画データがデコードされ視聴されうるということである。両当事者がこの事件への適用条文を公の送信条項に限定することに合意していたため、裁判所が直面した問題は、同条項が特定の通信に対して潜在的な受信者を要求しているのか、送信される元となっている既存の著作物に対して潜在的な受信者がいることを要求しているのかということである。地裁は後者の解釈を採用し、被告は原告の公の実演禁止権を侵害したと帰結した。「Cablevision は、RS-DVR を再生してリアルタイムで番組を視聴するか、あるいは後日視聴するかという方法により、同一の番組を、異なるタイミングで受信しうる公衆たる複数の利用者へ送信していることになる」⁷²というのである。

しかしながら、公の送信条項についてのこのような解釈は、特定の送信の潜在的な受信者に焦点を当てる第二巡回区控訴裁判所により、広範に過ぎると理由で取り消されることになる。したがって、同裁判所によれば、「RS-DVR 再生データの個別の送信は送信指令を為したユーザ自身が録画した単一のデータを用いて為されるものであり、そのような送信は『公の』実演に当たらず、したがって公の実演権を侵害するものではない」ということになる⁷³。もっとも、裁判所は「この説示はコンテンツを配信するネットワーク事業者が、コンテンツごとに作成したコピーを各加入者

⁶⁶ *Id.* at 63.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ この理解は、第九巡回区控訴裁判所が *Columbia Pictures Industries, Inc. v. Professional Real Estate Investors, Inc.*, 866 F.2d 278 (9th Cir. 1989) において「送信」条項を同様に解釈したことに基づくものである。第九巡回区控訴裁判所は、「その他の伝達行為」については「送信」の範囲に含まれるものと解釈すべきであると明確に述べている。したがって、「その他の伝達行為」については「その他の送信行為」と読み替えるべきことになり、送信機と受信機との間には一定の距離がなければならず、映画が映し出されているスクリーンやテレビとビデオデッキが同じ部屋にある場合には、「送信」には該当しないことになる。この送信に関する理解は、日本著作権法 2 条 1 項 7 号の 2 と同旨である。

⁷⁰ 前掲注(22)最判 [クラブキャッツアイ上告審]。

⁷¹ 個別の事件の概要については、田村善之『著作権法概説』(有斐閣、第 2 版、2001 年) 176～178 頁を参照。

⁷² *Cablevision I*, 478 F. Supp. 2d at 623.

⁷³ *Cablevision II*, 536 F.3d at 139.

ごとに割り当てたり、あるいは各加入者が個別に複製を為しうることによって、一般的にあらゆる著作権侵害の責任を回避することを認めるものではない」とも警告している⁷⁴。したがって、まねきTVやロクラクIIのようなビジネスモデルが原告の著作物にかかる公の実演禁止権を侵害するかどうかは依然として不明確なままであるということになる。なぜならば、Cablevisionは関連する著作権者からのライセンスを得た上でテレビ放送の再送信を為すケーブルテレビ事業者であった。この点は、まねきTV事件やロクラク事件のサービス提供者と事情を異にしている。

さらに、留意しておかなければならないことは、関連する事業活動の性質、つまり、それがサービス提供者の主たる事業活動なのか、それとも付随的な事業に止まるのかということが、裁判所が当該ビジネスモデルを評価する際に決定的に重要な役割を果たすということである。

たとえば、第九巡回区控訴裁判所は、より最近の事例である Columbia Pictures Industries, Inc. v. Professional Real Estate Investors, Inc.⁷⁵事件において、客室でビデオディスクを視聴可能としたホテルの責任を否定した。裁判所は、本件を被告の管理の「性質」に基づいた従前の第三巡回区控訴裁判所の事件と明確に峻別したのである。第九巡回区控訴裁判所は、「顧客に個室で視聴するためのビデオディスクを貸与する行為」について、被告の主たる商業活動において単に偶発的に生じるものであって、「滞在するための設備と一般的なホテルサービス」の提供に止まるものであると説示した⁷⁶。

同様に、ドイツの裁判所は刊行物を入手し、最終消費者たる顧客にそれを販売する業者に対し、すべての商品をチェックする一般的な注意義務を課すことを否定した。第三者が現実の侵害行為から離れていればいるほど、ドイツ法における注意義務の範囲は狭まるのである。それゆえドイツの連邦通常裁判所は、運送業者は運送するすべてのものについて侵害品であるか否かを調査する義務を負うことはない旨説示したのである⁷⁷。

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ 866 F.2d. at 279-81.

⁷⁶ *See id.* at 281.

⁷⁷ *Spediteur* case, 1957 GRUR 342 (BGH, 15 Jan. 1957). 前掲注(56)Koelman 15頁、

(c) 私的・公的領域の峻別とロクラク事件

これまで述べたように、異なる法域の裁判所が、著作物の利用行為を基礎とするさまざまなビジネスモデルを捕捉すべく、著作権侵害の責任に関する特定の法理をきわめて広範に積極的に拡張してきた。それと同時に、裁判所が著作権や著作隣接権の直接侵害および間接侵害として、エンドユーザーによる著作物の利用と直接関連する商業利用を認定することに関して慎重であることがその説示に現れている。著作権侵害の責任が拡張された事例において、裁判所は二つの方法で責任の法理を解釈している。すなわち、(1) サービス提供者をして直接の複製および公の実演の主体と評価する手法、(2) サービスの利用者の行為自体が著作権侵害であることを以て、裁判所が顧客による著作権侵害に関してサービス提供者に間接的な責任を負わせることを可能とする手法である。

いずれの手法も、著作権侵害の責任を著作物利用に基づくビジネスモデルを捕捉すべく拡張するものであるが、多くの批判にさらされている。前者の手法では個々の利用者の行為がサービス提供者によって為されたものと捉えられることになる。このため、説得的なものとは言い難い。さらにこの手法は、今後裁判所が著作権法の他の条項を解釈する際の法的な不確実性を招来する。この手法では、今後裁判所がそうしたビジネスモデルに関する事例を取り扱った際、顧客の行為のいずれが技術やサービスを提供する者によって為された行為とみなされうるのかが不明確である。

後者の手法では、サービス提供者が顧客を管理していることを理由に、サービス提供者の商業活動が著作権の間接的な侵害行為と判断されうることになる⁷⁸。しかし、そのためには顧客の行為が著作権あるいは著作隣

Kamiel J. Koelman and P. Bernt Hugenholtz, *Online Service Provider Liability for Copyright Infringement*, at 10 (WIPO, 1999), available at http://www.wipo.org/eng/meetings/1999/osp/pdf/osp_lia1.pdf (2003年8月21日閲覧)を参照。

⁷⁸ 著作権の間接侵害のその他のタイプとして、誘因、寄与および他者による著作権侵害を可能とする行為の概念に基づくものがある。Branislav Hazucha (田村善之=丹澤一成訳)「他人の著作権侵害を助ける技術に対する規律のあり方—デュアル・ユース技術の規制における社会規範の役割—」知的財産法政策学研究24号(2009

接権の侵害に該当する必要がある。ロクラク事件の裁判所は顧客による複製行為が私的複製の例外の適用を受け非侵害であると判断したために、この手法が同事件に適用しうるか否かということが問題である。この手法をロクラク事件に適合させるということは、ロクラク事件において裁判所が実際に行った解釈に比してより狭い私的複製に関する日本著作権法の関連条文の解釈を要求することになる。そのためには、裁判所は被告の顧客による行為について、「限られた範囲内において」⁷⁹行われるものではなく商業活動の一環として行われているとして、私的複製の例外規定の適用を受けられないと結論づけざるをえないことになる。

この点に関して、そうした手法を用いるには相当の障害があることを指摘しておかなければならない。この手法によれば、社会の大多数の人々が適法かつ正当なものであると通常考えている個人の行動について、それを違法なものと評価しうることになる。そのような法を執行する際に生じる問題は、ロクラク事件で知財高裁が判断したように、禁止された行為が著作権者に対して一切不利益とならない、あるいは殆ど感得できないほどの不利益を与えるに止まる場合⁸⁰には、しばしばより憂慮すべきものとなる⁸¹。その場合には、法が強力なサンクション無しに法に従うよう個人を納得させるに足りる力を有することは殆どない⁸²。説得力が欠如するがゆえに、法を無視する行為がしばしば大量に行われることになる。著作権法に関しては、既に20年以上前のCBS Songs Ltd. v. Amstrad Consumer Electronics Plc. 事件（以下、「Amstrad事件」という）において、Lord Templemanが簡潔に

年)25頁を参照。本稿が分析するように、これらの事件ではサービス提供者が顧客の行為を管理し、当該行為から直接間接を問わず金銭的利益を得ているが、本稿は侵害行為を管理するという視点に基づいた間接的な責任の法理のみを検討の対象とする。

⁷⁹ 日本著作権法30条1項。

⁸⁰ Stan J. Liebowitz, *Copying and Indirect Appropriability: Photocopying of Journals*, 93 J. Polit. Econ. 945 (1985)は、「知的財産の無許諾の複製は必ずしも害悪となるものではなく、むしろ実際に利益を生じさせうる」と指摘する。

⁸¹ 前掲注(12)知財高判〔ロクラク控訴審〕判決文32頁。

⁸² たとえば、前掲注(78) Hazucha 49-71頁、Amitai Etzioni, *Social Norms: Internationalization, Persuasion, and History*, 34 L. & SOC. REV. 157 (2000) を参照。

指摘している。

いわく、

「社会的な観点からみると、現在の状況は嘆かわしいものである。数多くの違法行為が毎年家庭内の複製で為されているに相違ない。家庭内で複製を行う者のなかには、広く評判が広がっており、レコードやテープ、フィルムに注意書きが附されているにもかかわらず知らず知らずのうちに法を犯す者や、そうした行為が発覚しないであろうと予測した上で法を犯す者がいる。また、家庭内で複製を行う者のなかには、エンターテインメント産業やレコード産業は既に望ましくない独占のすべての特徴—必要以上に高価な価格設定、過剰な利得、法外な利益—を示しており、生テープはレコードの価格が高騰していることに対する唯一の抵抗手段であると考える者もいる。違法複製物から Sergeant Pepper のビートや Miserere の高邁なサウンドを家庭内で複製するいかなる理由も、法は守られるべきとの直感や良心の呵責よりはるかに力強いものである。そのように軽視されるような法は改正あるいは廃止されるべきものである。」⁸³

2. 代位責任の正当化原理

Amstrad 事件において Lord Templeman が強調したように、個人は法の求めに応じて多様な反応を示すものである。個人の中には、サンクションやその他の懲罰のような外的要因によって常に無条件に法に従う者もいれば⁸⁴、完全に法を拒絶し尊重しない者もいる。しかしながら、いずれのタイプの個人も極端な者である。そうした者は標準的というよりはむしろ例外である。法によって規制される者の大半はこれらの両極端の中間に位置しているのである。

以下では、被規制者の多数派に焦点を当てて検討する。この規制対象は

⁸³ *CBS Songs Ltd. v. Amstrad Consumer Electronics Plc.* [1988] A.C. 1013, 1060.

⁸⁴ 各人の願望を満足させるために利用可能な乏しい資源の利用を制限する内的・外的な制限に関する分析として、Robert Cooter, *The Intrinsic Value of Obeying a Law: Economic Analysis of the Internal Viewpoint*, 75 FORDHAM L. REV. 1275 (2006) を参照。

二つのグループに大別することができる。最初のグループは、そのように行動する内的な理由を有するが故に、通常は法に従うというグループである。これらの個人は Herbert L.A. Hart の分析の対象となっている。Hart は個人が自らの行動をどのように評価するか、また、法が少なくとも一部の参加者にとってどのようにして行動の理由を与えるのか、ということを理解することが重要であるとする⁸⁵。第二のグループは、懲罰によって抑止されるが故に法に従うという法から少し離れた位置にいる参加者である。彼らは、Oliver W. Holmes が以下のように特徴づけた悪い人を構成する。

「もしあなたが法のみを知りたいことを望み、その他一切を知りたいことを望まないなら、あなたは法を、当人の行動の理由を法に内在もしくは外在する良心の呵責に見いだす良い人としてではなく、当人にとって予測を可能とするような実際の結果にのみ関心を払う悪い人としてみていることになる。」⁸⁶

この理解を現代の法理論に適用すると、法理論は Holmes の悪い人に傾倒するものと、特定の人間の行動に関して課されるであろう責任に関する判決に際して Hart の良い人を斟酌することの重要性をも強調する二つのグループに分かれうる。したがって、以下では、ロクラク事件において著作権侵害の責任を課す正当化理由として、双方のアプローチに関する検討を行う。現在の法学が法と経済学の動向に強く影響を受けていることから、Holmes の悪い人を主たる対象とし、他者の法的な利益を損なうリスクを孕んだ新規の活動に変化をもたらすライアビリティ・ルール⁸⁷の制度設計において費用便益分析を採用した功利主義的な効率性の理論に関する検討を行う。その後、Hart の良い人の正当な利益を尊重する必要性を強調する理論の試みに関する検討を行う。その目的は、功利主義的な効率性の理論によって提示される視点を充実させるか否か、あるいはどの程度まで充実させるかを検証することにある。

⁸⁵ HERBERT L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW, 2nd edn., 56, 57, 88 (Clarendon Press, 1994) を参照。

⁸⁶ 前掲注(14) HOLMES 171頁。

著作権侵害を抑止する重要性のみならず、ユーザによる非営利目的での著作物利用に基づく新規のデュアル・ユース技術やオンラインサービスの規制が説得力を持つ重要性を強調する、ロクラク事件における著作権侵害の責任を課すことの正当化に関する検討を始める前に、一つの事実を指摘しておく必要がある。それは既に述べたように、国際的および各国のレベルではこの数十年著作権法が発展しており、著作権法は本来の不正競争を規制する法から現行のプロパティ・ルールをリードする法へと変容を遂げているということである。

前章で述べたように、純粋なプロパティ・ルールとして著作権制度を理解するならば、顧客による著作物の直接の利用行為に基づいたビジネスモデルを構築した主体に関する数々の事件に著作権法の規制を適応する際に据わりの悪い理屈を用いざるをえなくなる。そのようなビジネスモデルの実態を直視することなくこれを許容してしまうことを防ぐためには、顧客がそのような商業活動の範囲内で著作物を利用する場合には、著作権侵害の責任を負うと認定することが必要となる。そのようにしてはじめて、サービス提供者に間接侵害者として著作権侵害の責任を負わせることができる。もう一つの解決策は、ビジネスモデルの運営に関してサービス提供者に直接責任を課すために、プロパティ・ルールとしての現行の著作権制度における著作権の直接侵害の概念を拡張するというものである。この手法は、日本の裁判所がこの種の事例に直面した際、あるいは米国の裁判所がユーザによる著作物の実演に基づくビジネスモデルを取り扱う際にしばしば採用されたものである。いずれの手法も著作権の直接侵害の責任を拡張するものであるため、双方とも少々強引なこじつけを必要とし、それがゆえに説得力を失っているように見える。

より容易な解決策として、著作権制度を純粋なプロパティ・ルールとする現在の理解から不正競争を規律する制度として理解する方向へシフトするという手法がある。しかしながら、この手法では、国内、国際の双方のレベルでの世界規模の知的財産制度の大きかりな再構築が求められることになる。このような経路依存性があるために、唯一の実現可能性のある解決策は、絶え間なく変化する社会的・経済的状況に対して現行の著作権制度や概念を漸進的に適合させていくということである。この手法の障害となるのは、著作権法がますます複雑なものとなり、著作権法を遵守

しようとする個人に止まらず、著作権者と、技術・サービスの提供者や著作物の最終消費者あるいは私的かつ非営利での著作物利用のための技術との対立を取り扱う専門家たる弁護士や研究者にとってすら、著作権法が理解不能なものとなるということである⁸⁷。

近い将来に著作権法の理解に関して大幅な概念上の変化を期待することは困難であるため、以下では主としてプロパティ・ルールとしての著作権制度を理解するアプローチを集中的に検討する。したがって、以下では、仮にロクラク事件において利用者の行為が私的複製の制限規定⁸⁸の適用を受けられないとすれば、サービス提供者に責任を課す十分な正当化理由が存在するか否かを検討する。さらに、以下の検討対象は、侵害行為を管理するとの視点に基づいた間接的な著作権侵害の責任を課す法理に限定される。ロクラク事件の被告は利用者の行為を管理し、直接もしくは間接的に利用者の行為から金銭的利益を得ていたのである⁸⁹。

2.1. 行為の変化の誘引に関する費用便益分析

功利主義的な効率性の理論にみられる主要な論調は、問題となっている損害に関して個人に責任を課すか否かの決定は、「侵害の結果に対して責任を負担させることにより、資源の効率的な配分を確実にかつ十分な注意を払って促進することができる」⁹⁰との前提に基づいた政策的な判断に従

⁸⁷ JESSICA LITMAN, DIGITAL COPYRIGHT (Prometheus Books, 2000)を参照。

⁸⁸ 利用者によるそのような行為が放送事業者に何らかの損害を生じさせるか否か、また、それを理由に当該行為を著作権侵害と評価すべきか否かという問題に関しては、3.で後述する。

⁸⁹ 前掲注(78)を参照。

⁹⁰ WILLIAM M. LANDES AND RICHARD A. POSNER, THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW 229 (Harvard University Press, 1987)を参照。同稿は、事故を回避するための最も低廉な解決策を探索することにより、法の経済分析を不法行為の事件を処理するコストに反映させている。興味深い観点ではあるものの、本稿の分析を進展させるものではなく、筆者はさらにこの点に関する検討をくわえることはしない。さらに詳細については、RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, 5th edn., 195-96, 615-16 (Aspen Law & Business, 1998)を参照。

って為されることになるというものである。第三者が現実の侵害者もしくは違法行為に供される設備、場所、装置を管理している場合には、当該第三者は過失責任あるいは無過失責任の法理の下で、そのような違法行為の結果の責任を負うことになる。

功利主義的な効率性の理論を著作権法の代位責任に適用する際、Douglas Lichtman と William M. Landes は、「適法な目的に従業員（もしくは独立した受託者）を雇用したところ、従業員（もしくは独立した受託者）が本人に代わって行動し、著作権侵害行為に至った」⁹¹場合に代位責任を認める法理として三つのものを掲げている。第一に、代位責任は、第三者に対して著作権侵害が生じないように、従業員（もしくは独立した受託者）を雇用、管理、支配、監視する際に注意するよう促すことになる⁹²。くわえて、この種の結果回避あるいは監視の手段は、通常「比較的低費用」なものである⁹³。もう一つの理由づけは、「著作権者にとって実際に侵害行為を行っている従業員（もしくは独立した受託者）を問責するよりもむしろ、使用者（もしくは娯楽の場の所有者）を問責する方が通常安価である」ということである⁹⁴。直接侵害者の数は一般的に間接侵害者の数よりも多数である。くわえて、多くの場合、直接侵害者を把握して訴訟を提起することは困難である。第三の根拠は、直接侵害者の支払能力の問題である。直接侵害者は多くの場合、支払能力を欠くために、間接的な責任により、侵害行為を受けた著作権者が損害の賠償を受けられないままとなる可能性を減ずることに資するのである。「この一連の流れの中に使用者の資産を位置づける」ことにより、「侵害行為による損害を内部化する可能性」が高まるのである⁹⁵。特に、独立した受託者や雇用されたバンド、その他の実演家は無許諾で報酬を権利者に支払うことなく著作物を公に演奏する場合が少なくない。こうした場合、実演家はしばしば「随伴する損害を賠

⁹¹ Douglas Lichtman and William M. Landes, *Indirect Liability for Copyright Infringement: An Economic Perspective*, 16 HARV. J. L. & TECH. 395, 398 (2003)を参照。

⁹² See *id.*

⁹³ See *id.* at 399.

⁹⁴ See *id.* at 398.

⁹⁵ See *id.*

償するために必要な資産」を有していない⁹⁶。このような状況に鑑み、Lichtman と Landes は「間接の責任は真の政策的な魅力を有する」ものであって、「著作権侵害による損害の外部化を抑止するものである」と指摘するのである⁹⁷。

最後に、彼らは「代位責任の脅威によって、ダンスホール、コンサートホール、スタジアム、ラジオ局、テレビ局およびその他の類似の事業者が権利者から許諾を得る低廉な方法を模索するよう促される」旨を指摘する⁹⁸。しかし、間接侵害者となりうる者の管理下にある者によって利用される可能性のある一特にそうした利用がほんのささいな部分の利用に止まる場合一個々の著作物のそれぞれの権利者を捜し出した上で、個別に適切な許諾を得るにはあまりに高いコストを要するだろう。膨大な取引費用を節約することで「僅少部分の利用」問題を解決するものとして、実演家団体による包括ライセンスがある⁹⁹。

功利主義的な効率性のアプローチは、代位責任の問題に着目して興味深い視座を提供するものの、功利主義的な効率性のアプローチを定量的、機械的にある種の「ハード・ケース」¹⁰⁰に適用した場合、第三者の主体性を軽視し、第三者を単に「資源配分の効率性」や「公益の最大化」という最終目的の達成のための装置としてのみ捉えることとなる。これらの二つの基準を、より広範な社会的な現実を斟酌せずに適用してしまうと、ひたすら重点が抑止力とコストに置かれる帰結を招来する。技術を提供する者が個人の自律やイノベーションに従事する自由が制限されるといった、確実に隠れているコストに対して十分な配慮が為されなくなるだろう。たとえば、主要な法人の著作権者は、最近インターネットにおけるエンフォース

メントの戦略を変更した。インターネットサービスプロバイダは、インターネット上の著作権侵害に対するエンフォースメントにおいて、より積極的に役割を果たすべきであると強調し、ピア・ツー・ピアによるファイル共有にインターネットサービスが用いられることを制限すべきであるというのである¹⁰¹。この理をいっそう推し進めるのであれば、Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) に対しては、ICANN がドメインネームシステム(DNS)を管理し、固有のIPアドレスとドメインネームを監視している以上は、インターネット上の著作権侵害によるコストを個別のインターネットサービスプロバイダに対してより効率的に転嫁することができるとの主張すら想定されるかもしれない。彼らはユーザに私的複製のコストを転嫁できるからである。同様の議論は、複製・頒布の技術を提供する者に対しても妥当しうる。こうした議論の下では、技術やサービスの提供者は、著作権侵害行為に対して現実に直接関与しているか否かにかかわらず「門番」あるいは「国庫」の役割を果たさなければならない。

そうした手法で第三者に対して代位責任を課すこと的主要な問題は、多くの場合、適用される法的な枠組みは、必要な内的な基盤を失っており、被規制者による法の受容や内部化よりもむしろ脱法行為を誘発しがちである。なぜなら、そのような手法は、社会を悪い人による社会として扱うことで、社会の大部分を構成している者に対する敬意を失っているからである。そのような前提に基づいた規制により、しばしば当初達成されることが期待されたものとは全く異なる二つの帰結を招来することになる¹⁰²。第一に、被規制者はそうした規制の厳格な適用を免れる方法を見いだすだろう。目標とする対象の多くが的外れなものであることが判明する¹⁰³。第二に、そうした規制を採択してしまうと、社会全体における不信感を生じさせ、社会の法を遵守するタイプの人々たちに対して、彼らが信頼されておら

⁹⁶ See *id.* at 399.

⁹⁷ *id.*

⁹⁸ *id.*

⁹⁹ *id.*

¹⁰⁰ ハード・ケースは法が明確な解を提示しない事例を指す。たとえば、Ronald Dworkin, *Is There Really No Right Answer in Hard Cases?*, 53 N.Y.U. L. REV. 1 (1978), reprinted in RONALD DWORIN, *A MATTER OF PRINCIPLE* 119 (Harvard University Press, 1985) は、裁判所が内在する規範的考慮をハード・ケースに適用すべき旨指摘する。

¹⁰¹ 例として、IFPI, *Digital Music Report 2009: New Business Models for a Changing Environment*, at 24-25, available at <http://www.ifpi.org/content/library/dmr2009.pdf> (2009年9月10日閲覧)を参照。

¹⁰² この点に関する主たる論点を概観するものとして、前掲注(78)Hazuchaを参照。

¹⁰³ See *id.* at 65.

ず、他の人は当該法には従っていないだろうとのメッセージを与えることになる。その結果、通常は法に従うような社会の層ですら、しばしば法の適用を免れる道を模索するのである¹⁰⁴。

それゆえ、著作権法が安定的に遵守されるものとするためには、特定の事業者に対する威圧的な行動の重要性のみを指摘するのではなく、著作権の直接侵害者や少なくとも著作権侵害行為を可能とする者が、自発的に著作権のスタンダードを尊重するような環境作りに注力することが必要となる。したがって、個々の規制対象者に対して十分に説得力を有するように著作権法の個別の条文を起草することが肝要となる。このことは、その行為の結果について賞賛されるのであれ問責されるのであれ、いずれにせよその帰結を受け入れる「責任ある」主体として取り扱うことによって達成される¹⁰⁵。このようにして、Hart の良い人の正当な利益を尊重するという要請が効率的な規制を設計する際に斟酌されることになる。このような規制のみが Hart の良い人に対して十分な説得力を与えうるとともに、制裁やその他の懲罰によって Holmes の悪い人の行動を変化させる効率的な外的誘因としても機能しうるのである。

2.2. 自由な選択と現実の支配

各人が自らの支配下において生じることにに関して注意義務を有するということが、近代社会において一般に承認されている。したがって、著作権侵害行為をなしうる者を支配する者、あるいは著作権侵害行為が生じる場所を管理する者は、当該行為を看過すべきではない¹⁰⁶。そうした第三

¹⁰⁴ See *id.* at 65–66; Donald C. Langevoort, *Monitoring: The Behavioural Economics of Corporate Compliance with Law*, 2002 COLUM. BUS. L. REV. 71, 94–100 (2002).

¹⁰⁵ たとえば、Tony Honoré, *Responsibility and Luck: The Moral Basis of Strict Liability*, 104 L. Q. REV. 530 (1988), reprinted in HONORÉ, *infra* note 117, at 14, 23–31 (Hart Publishing, 1999)を参照。

¹⁰⁶ See *Shapiro, Bernstein & Co. v. H.L. Green Co.*, 316 F.2d 304, 309 (2d Cir. Apr. 15, 1963); see also Barbara Kolsun and Jonathan Bayer, *Indirect Infringement and Counterfeiting: Remedies Available against Those Who Knowingly Rent to Counterfeiters*, 16

者は注意義務を負うべきであり、したがって他者の行動を管理する権限や能力を有する者は、そのような権限や能力を行使できなかった結果として生じる損害に対する責任を甘受すべきことになる。問題は、第三者がなぜ、どの時点でそうするのか、ということである。なぜ、どの時点で他者の行動を監督し監視する義務を負うのだろうか。

人生は多様であり、第三者が実際に為している関与の程度も様々である。それらは二つの極端な状況一すなわち、(1)第三者は実際に継続的な管理を為している、もしくは(2)第三者は実際に何らの管理も為していない一間のどこかに位置づけることができる。前者のシナリオでは、第三者は直接侵害者、場所および装置を24時間体制で休み無く常時管理する権限や能力を備えている。そうした場所や装置の所有者は、自らが所有する場所や装置がいかなる場合に著作権侵害に使用可能となるのかを知ることができ、それを実効的に回避できるのである。たとえば、第三者が歌手を雇ってコンサートを主催したり、複製のためにコピー機を提供した場合、当該第三者は自らの行動が著作権侵害につながりうると予期しなければならない。したがって、当該第三者は潜在的な直接侵害者に著作権法の下で負っている義務に対する注意を喚起する、潜在的な直接侵害者に対して権利処理を行うよう求める、あるいは影響を受ける権利者から適切な許諾を自ら得るといったことを為しうるのである。後者のシナリオでは、第三者は限られた管理をも処分している。たとえば、地主は敷地に入る権利を有しているものの、その権利は借主のプライバシー権と抵触するため、貸し出された土地については管理し続ける権限も能力も有していない。総括すると、第三者に他者の行為の監視を期待できるか否かは状況により異なるのである。

第三者による現実の管理が継続されている事例を検討してみると、一定の共通性を見いだすことができる。一方では、第三者は将来被害者に損害をもたらす危険を創出することに加担しており、直接行為者による侵害行

CARDOZO ARTS & ENT. L. J. 383, 389–90, 394–96, 409 and 419 (1998) (「故意の無視」の原則に分析を加え、「借主や売主の侵害行為を黙認する者は当該行為について知る必要がある」とする)。

為を管理する能力を有している¹⁰⁷。他方で、第三者はある種の利益を得ている。Tony Honoréはそれゆえ、リスクと便益は表裏一体であることを理由に、「利益が回るには費用負担」¹⁰⁸あるいは「宝くじ」¹⁰⁹として、我々がこのような事例に責任を課すことを理解すべきであるという。*Ubi emolumentum, ibi onus* (“利益あるところ、必ず負担有り”)¹¹⁰。

たとえば、代位責任の事例では、人は特定の目的を達成するために自ら行動するか、もしくは代わりに他者に行動してもらうのかという選択肢を有している。前者の状況は、人は自ら行動し、自らの行為に責任を持つという通常で自然な状態を示すものである。それにもかかわらず、日々の生活では、人は自らの行動によって目的を達成する能力が自ずと限定されるさまざまな状態に直面する。人は同時に二つの場所に存在することは不可能であり、その際は他者に自らに代わって何かを為してもらうよう依頼するのが便宜である。

現に、他者を通じて何かを為すということ自体によって、害悪を受ける者はいないのである。むしろ、真実はその逆である。これにより、そのような行動が認められるようになってはじめて多くの社会的な相互交流が可能となり、円滑に進行するのである。同様の規範的な考慮は、第三者が公衆に土地を開放し、動産を提供する場合にも見いだすことができる。監督者の事例はこれまでに述べた二つの管理の事例とは若干異なる点があるものの、家庭をつくり、子供たちを教育し、未成年者や精神的に病を抱える人たちを後見することもまた、特定の個人的あるいは社会的な願望、要望、要請、ニーズを満足させるというかたちで多くの利益をもたらすものである。それゆえ、そうした社会的な措置から便益を得た者は、それに応じて負の結果をも甘受すべきことが一般に承認されている。

技術およびサービスの提供者にかかる著作権の代位責任に話を戻すと、

¹⁰⁷ たとえば、George Fletcher, *The Fault of Not Knowing*, 3 THEORETICAL INQ. L. 265 (2002)、Robert L. Rabin, *The Fault of Not Knowing: A Comment*, 4 THEORETICAL INQ. L. 427 (2003)を参照。

¹⁰⁸ See TONY HONORÉ, RESPONSIBILITY AND FAULT 9 (Hart Publishing, 1999).

¹⁰⁹ See *id.* at 23-31.

¹¹⁰ See Justinian, *Institutes* 1.17; *Digest* 17.2.55; 50.17.10.

問題となるのは、(1)そうした提供者はエンドユーザによる当該技術あるいはサービスを用いた著作物の無許諾利用を実際にどの程度まで管理しなければならないのか、(2)そうした提供者はどの程度意図的にそのような可能性を回避したのか、ということである。これは、特に技術およびサービスの提供者が複製や頒布の技術や関連するサービスの設計を管理しており、提供される技術やサービスの技術的な設計を当該技術やサービスの使用を直接管理することを意図的に管理しつつ、とりわけ当該技術やサービスによって可能となった著作物の利用行為から直接もしくは間接的に商業的な利益を収受しようとするような事例において決定的な問題である。

そうした技術やサービスの提供者が提供された技術の使用に関して継続的に管理を行う可能性を回避した理由を取り沙汰することは可能かもしれない。それにもかかわらず、新規の複製および頒布の技術の発展をも管理するために管理の概念に基づく代位責任を規範的に拡張するということは、著作権法のみならず他の法分野における管理の議論に基づいた不法行為責任の概念全体における重大な規範的含意を有するものである。それは ICANN やインターネットサービスプロバイダがインターネットの利用者による違法行為に対して責任を負うこととなりうることを意味するだろう。この理を日々の生活の他の分野に拡張することは、円形監視施設 (Panopticon)¹¹¹の創設を意味するかもしれない。その円形監視施設では、いつでもどこでも監視を受け、「見えざる全能の意思」が伝達されるのである¹¹²。

¹¹¹ See JEREMY BENTHAM, THE PANOPTICON WRITINGS 29 (Miran Bozovic ed., Verso, 1995).

¹¹² 情報化時代における円形監視施設 (Panopticon) 理論につき、OSCAR GANDY, THE PANOPTIC SORT: A POLITICAL ECONOMY OF PERSONAL INFORMATION (Westview, 1993)、Stan Karas, *Privacy, Identity, Databases*, 52 AM. U. L. REV. 393 (2002)、Stan Karas, *Enhancing the Privacy Discourse: Consumer Information Gathering as Surveillance*, 7 J. TECH. L. & POL'Y 3 (2002)、Sonia K. Katyal, *The New Surveillance*, 54 CASE W. RES. L. REV. 297 (2004)、JEFFREY ROSEN, THE UNWANTED GAZE: THE DESTRUCTION OF PRIVACY IN AMERICA (Vintage Books, 2001)、Paul M. Schwartz, *Internet Privacy and the State*, 32 CONN. L. REV. 815, 852-54 (2000)、Shaun B. Spencer, *Reasonable Expectations and the Erosion of Privacy*, 39 SAN DIEGO L. REV. 843, 864-66 (2002)、Daniel J. Solove, *Privacy*

2.3. 「監視者」としての技術およびサービス提供者

著作権法において代位責任を課すための管理の概念は長い歴史を経ており、そうした歴史において、第三者の法的責任に関する特定の参加者の立場は、技術の進歩に応じて有意の変化や適応、調整を経てきた。技術やサービスの提供者に対する厳格責任を支持すべき要因は、直接侵害者もしくは著作権侵害に供された場所や施設その他の装置を管理しうる第三者が、自らの活動を変革するよう促すべく、「門番」あるいは「国庫」の役割を果たすべきであるという著作権者の側の主張に見いだすことができる。しかし、この種の解決策のすべてが実用的で効果的な著作権者のための保護となりうるわけではない。受動的な立場にいる技術やサービスの提供者に対してユーザの著作権侵害の責任を負わしめることは、高い社会的な費用をもたらすこととなり、将来の技術の進歩を萎縮させることにもなりかねない。くわえて、著作権の直接侵害の管理に基づく責任を拡張すれば、最近のネットワーク技術が「サーバ・クライアント」モデルからピア・ツー・ピアへと変化したことによって示されたように¹¹³、通常、逆効果をもたらし、技術の提供者にとって他者の著作権侵害を管理しうる状況を回避しようとするインセンティブが働くようになる。

規制の対象およびより広い社会のかなりの部分に対する法の説得力の重要性を斟酌する手法によれば、生来的に危険な行為を変化させるよう誘引するための費用便益分析に基づいて、著作権保護と新規の複製および頒布の技術やサービスの発展との間の関係の理解を広げることが可能である。これまで述べたように、直接行為者による違法行為を管理し、回避する義務の正当化理由は、技術やサービスの提供者が特定の行為に着手することを自由に選択しており、それゆえ直接行為者の違法行為を継続的に管

and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy, 53 STAN. L. REV. 1393, 1413-18 (2001) (円形監視施設 (Panopticon) の比喩の限界を指摘する) を参照。情報化時代の形成に関する法学文献のなかで、最も洗練された形でフォーコーの理論を用いるものとして、James Boyle, *Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hardwired Censors*, 66 U. CIN. L. REV. 177 (1997) を参照。

¹¹³ 前掲注(78) Hazucha を参照。

理しうる場合には、当該行為による否定的な結果をも甘受すべきであるという点にある。したがって、技術やサービスの提供者が当該提供行為から収益を得ている場合には、著作権者の法的な権利を害さないよう適切な予防措置を講じるべきことになる。自由な選択の観点から管理を理解し、責任を負う者として個人を取り扱うことが、この種の法的な関係に関する我々の視点を付加し広範なものとするのである。第三者はその際、他人の違法行為に何らかの形で加担したり、そうした違法行為を継続して管理しうるような場合、あるいは当該第三者に責任を課すことで安全確保や注意のための効率的な資源配分がもたらされるような場合には「監視者」としての役割を果たすべきである。

それにもかかわらず、「監視者」の概念は、当該製品のユーザに対する管理が及ばない場合には当該製品やサービスが違法な使用に対する感応度が変化する可能性がある、という事実に基づいて責任の有無を判断しているのではない。当該システムをすべて管理しフィルタリングする装置を導入してしまうと、かなり大多数の人々をプライバシーの侵害の可能性にさらすという高額な社会的コストが発生することをその理由としているのである。くわえて、管理概念の過度の拡張により、侵害行為にも非侵害行為にも使用可能な新規の複製・頒布技術やサービスに対して相当程度の萎縮効果がもたらされる懸念もある。

代位責任の根拠に関するこのような理解をロクラク事件に適用すると、いずれの理由づけもサービス提供者に対して責任を課すことという帰結を支持することになる。功利主義的な効率性の理論にしたがえば、代位責任を課すことにより、サービス提供者が自らのビジネスモデルを変更して著作権者に損害が生じないように取り計らうか、関連する集中管理団体から包括ライセンスを得ることが促進されるだろう¹¹⁴。くわえて、サービス提供者の事業活動が変化すれば、サービス提供者の個々のユーザの行動が変化するということをこえて、著作権法の要求を遵守する水準により相当のインパクトとなるだろう。同様に、ロクラク事件のサービス提供者に責

¹¹⁴ テレビ局はオンデマンドテレビに関して相当の既得権益を有しているため、そうしたサービスの提供者がテレビ局から包括ライセンスを得ることはかなり困難であろう。この点に関する詳細な分析については、以下の3.を参照。

任を課すことは、サービス提供者の主体性や矯正的正義の観点に基づく正当化理由によっても支持しうるものである。仮にサービス提供者の行為が著作権者の法的な利益を害する、あるいは害する危険をもたらすものである場合には、サービス提供者は生じた損害に関する責任を甘受すべきである。したがって、そうした損害や危険が、現実にあるいは少なくとも潜在的に、この特定の事例に存在するか否かを検討することが必要不可欠である。

ここまでの分析は、ロクラク事件への日本の著作権法の適用について、知財高裁が誤っているという結論に至るべきことを示唆するものであるが、裁判所の採用した解釈が妥当なものであるかということに関して断を下す前に、利害関係のある stakeholder の相対立する利益の均衡を図り、彼らの個々の利益に与える影響を考慮し、公正で正当なバランスを達成する解決策として、どのようなものがありうるのかということを含意することが肝要である。

3. 想定される解決策とそれらの含意

一般に、影響を受ける既得権者の相反する利益のバランスを図る手法としては、三つのものが想定される。

3.1. 著作権者の排他権の強化

第一の解決策は、サービス提供者に対し、商業目的で為された行為の本質に鑑みて直接または間接的な著作権侵害の責任を負わしめるというものである。この解決策によれば、テレビ局は自社や他社とのライセンス契約に基づいて供給されるサービスと競合するサービスを簡単に差し止めることができるような状態を招来するものである。

この選択肢によってもたらされる帰結は、テレビ局の利益の強力な保護である。放送事業者のみが、放送番組を自らストリームする権限もしくはストリームに対してライセンスを付与する権限を有するという地位を保障されることになる。もっとも、この点に関して、日本の現行著作権法は一定の要件下で有線による再送信に関してセーフ・ハーバーを設けている

ことに留意する必要がある。日本の著作権法99条2項は、法令¹¹⁵により有線の放送が義務づけられている者によって為される有線放送については、放送事業者が有する再放送もしくは有線放送権の対象から外している。とはいうものの、ロクラク事件のサービス提供者が提供するサービスについてはこの規定の適用はない。この規定は、特別のケーブルネットワークを経由してテレビ放送を再送信する、伝統的なケーブルテレビの事業者について適用されるのみである。この種のサービスを提供するには、サービス提供者は、有線テレビジョン放送法に基づき、テレビ放送局が選定した放送区域の地域的な区分と一致させるために地域ごとに付与される免許を得なければならない。したがって、ロクラク事件やまねきTV事件と同様のサービスを提供する者について著作権侵害の責任を負わしめるシナリオの結果は差止めということになる。

ロクラク事件やまねきTV事件の状況が商業目的でのカラオケ装置の使用と酷似しているように思われるかもしれないが、これらの間には小さな、しかし決定的な相違点がある。レコード会社はカラオケビジネスに関して、直接の利害関係を殆ど有していない。たとえば、レコード会社がカラオケ店舗をも運営する、ということは通常行われていない。テレビ放送のストリーミングに関する現状は完全にカラオケのそれとは異なっている。多くのテレビ局がオンデマンドテレビ放送のサービスを直接行っているのである。

現在関連するテレビ局によって提供されているサービスに関する主要な問題点は、それぞれのテレビ局によって放映されているテレビ番組にサービスの範囲が限定されているということである。ユーザが複数のテレビ局や放送ネットワークによって放映されている番組を視聴したい場合、ユーザは個々のテレビ局が提供する複数のサービスの契約をせざるをえない。くわえて、提供されているサービスはかなり限定されたものであり、関連するテレビ放送局によってオンラインで提供されるテレビ番組の範囲ですらかなり限られたものとなっている。たとえば、「NHK オンデマンド」サービスは限定された1ヶ月契約を提供している。このサービスの契約者はあらかじめ設定された番組群のなかから150の番組を1ヶ月1470円で視

¹¹⁵ 日本有線テレビジョン放送法。

聴することができる。すべての番組を追加で視聴する場合、一番組あたり105円から315円が別に課金される。したがって、現在のオンラインストリーミングテレビ放送の状況は、サービスの利用料が高額であり利用者にとって不便であるため、個人のユーザの関心を満足させるにはほど遠いものである。しかし、現在のところ、日本の地上波テレビ放送については、全番組どころか一部の番組についてすら、ストリーミングサービスを提供するオンラインサービスは放送事業者が提供するもの以外には存在しない。

オンラインサービスが限定されているという状況は、一般的なものではなく、むしろ例外的なものであると言っても良い。たとえば、著作権産業における好例として、iTunes サービスを挙げることができる。iTunes は、多数のレコード・レーベルの品揃えから、広範なレコードの音源を供給している。しかし、最初からこのような状況だったわけではない¹¹⁶。当初、ダウンロードされた音楽ファイルの使用に関するレコード・レーベルのビジネスモデルは、厳格な条件の下、単独もしくは限られた数のレコード・レーベルの音源を排他的に供給するというものであった。しかし、そのようなサービスは、そうしたサービスを合理的な条件で利用したいというユーザの要求に合致しなかったため、商業的に成功することはなかった。このような音楽市場の状況が変化するには数年の時を要した。変化は、Apple が iTunes サービスに参入したときに起こった。Apple はその時点では音楽市場において何らの守るべき利害関係も有しておらず、iPod の販売を促進する目的で立ち上げたのである。そのためには、iTunes サービスはユーザが魅力的と感ずる条件の下で広範かつ大量の音楽をユーザに供給する必要があった。このことは、Apple の営業が、はじめて商業的に成功した著作物の適法な複製によるオンラインダウンロードサービスとなった最大の理由である。

日本におけるオンラインテレビストリーミングサービスの現況は、数年前一 iTunes が市場に参入する以前一のオンライン音楽ダウンロードサービスの分野の状況ときわめて類似している。主要なテレビ局数局が自らオンデマンド放送のサービスを行っている一方で、そうしたテレビ局はロク

¹¹⁶ たとえば、以下を参照。前掲注(87) LITMAN, LAWRENCE LESSIG, FREE CULTURE: THE NATURE AND FUTURE OF CREATIVITY (Penguin Books, 2004)。

ラクⅡやまねきTVのような競合サービスを許容することには消極的であるという状態が続いている。現段階では、テレビ局は他のサービス提供者に対して競合するオンラインサービスに必要なライセンスを付与する十分なインセンティブを有していない。iTunes と同様の事例での経験によれば、iTunes サービスによって提供されたサービスと同様のサービスがオンラインテレビストリーミングの分野においても登場することが期待できる。問題は、市場が顧客の実際の需要に的確に対応するサービスを見いだすまでにまだ数年かかることだろう。市場にそうしたサービスが登場するまで、現在、地方や日本国外において日本のテレビ放送に十分アクセスできない視聴者は、合理的な条件で日本において公に利用可能なテレビ放送を受信する現実的な選択肢を有しないだろう。テレビ局の利益に対する強力な保護は、全体として日本の社会にかなりの社会的コストをもたらすものである。

3.2. 新規のオンラインサービス提供者を免責する手法

第二のシナリオは、知財高裁が採用したアプローチである。知財高裁の説示は、日本の著作権法の関連条文の誤った制限的な解釈により、著作権者の正当な利益を無視するものであると批判する向きもあるとは思われるが、しかしながら、知財高裁のような解釈は、テレビ局がそのビジネスモデルを特定の条件の下で再調整することを促すものとなりうるのである。日本の現在の状況を適切に理解するためには、携帯電話の新しい機種が殆どがテレビ放送を受信可能であるということに留意する必要がある。そのような携帯電話の利用者の誰もが、それぞれの場所で十分な品質のテレビ放送波を受信可能な地域でありさえすれば、いつでもどこでもテレビ放送を視聴できるのである。したがって、ロクラク事件やまねきTV事件のようなサービスの主たる顧客は、テレビ放送波が十分にカバーしていないためにテレビ放送に対する十分なアクセスを有しない視聴者ということになる。すなわち、地方や日本国外の視聴者である。

ターゲットとなる顧客の第一のグループは、したがって、テレビ放送波が十分に届かないものの、インターネットへの良好なアクセスが確保された地域の住民で構成される。放送局がこの顧客群に興味を示すのであれば、

テレビ局は、ロクラクⅡやまねきTVのようなサービスによって、地上波もしくは衛星による放送あるいはインターネットを用いて、そうした地域に放送を提供するための投資を促されることになる。しかし、多くの場合、このような改善はかなりの投資をテレビ局の側に強いることになる。それゆえ、まねきTVやロクラクⅡのようなサービスはこれらの地域の住民に合理的な条件で十分なテレビ放送を提供するために取りうる方策の一つとなりうる。

ターゲットとなる顧客の第二のグループは、日本国外にいるために日本のテレビ放送にアクセスすることができない顧客で構成される。こうしたグループの顧客の存在に鑑みる場合には、ロクラクⅡやまねきTVと同様のサービスに対する差止めを支持する見解の論拠は、その説得力をさらに失うことになる。テレビ局がロクラクⅡやまねきTVのユーザに関心を有しているのであれば、現在でもテレビ局はインターネット経由で十分なサービスを提供することはできるのである。オンラインテレビストリーミングの経済性を考慮すると、テレビ局の立場はさらに危急なものではなくなる。現在の日本の著作権法は、ロクラクⅡやまねきTVと同様のサービスを提供する者に対して、経済的に非効率的なビジネスモデルを構築することを強いている。そうしたビジネスモデルは、現在の日本の著作権法の要求を満たすべく、個々のユーザごとに個別のユニットを割り当てているため、より技術的に効率的な手法によってテレビストリーミングサービスを供給するというシナジー効果から利益を得ることができないでいる。その際、そのような装置の提供者は、システムの管理や運営のための追加的なコストを負担しなければならず、個々のユーザのための送信機器を蔵置するための十分な場所も必要ともなる。放送局には現在のビジネスモデルを再構成する十分な余地があり、顧客の需要により合致した商業的に成り立ちうるサービスを提供することができるのである。なぜならば、技術的に効率的なシステムを用いたテレビ局のコストは、ロクラクⅡやまねきTVのコストよりも低廉なもので済むからである。

ロクラクⅡやまねきTVに関してもう一つ想定される顧客群として、地域的に放送されるテレビ番組の質に満足せず、特に首都圏のような都市部の放送番組であれば、これを有料で視聴しても良いと考える顧客群がある。利害関係者の利益のバランスを図る際に権利者の利益を重んじるという、

最初の選択肢を支持する立場を正当化するために用いられる論拠の多くは、この最後の顧客層に妥当するものであり、既述の二つの顧客層には当てはまるものではないということに留意すべきである。

ロクラクⅡやまねきTVのサービスに反対するテレビ局の主張の主たる論拠は、そうしたサービスによって、コマーシャルからの収入のようなテレビ放送のシステム全体を弱体化するというものである。主要なテレビ局は、日本国内をいくつかの地域に分割した上で、そこを地方局にカバーさせている。それにより、特定の人口をコマーシャルのターゲットとすることで、その収入を増大することができるのである。それがゆえにテレビ局は、ロクラクⅡやまねきTVのサービスが認められれば、地方局が地域の広告から得られる収入がかなりの程度減少し、テレビ放送を地域的に分割するという機構自体が完全に解体されると主張するのである。

それにもかかわらず、コマーシャルからの収入が減少するというに基いた議論は、いくつかの理由で説得力を欠くものである。最初の二つの顧客群に関していえば、ロクラクⅡやまねきTVのようなサービスによって実際にテレビ局の視聴者数が増加するのであり、それによってテレビ局がコマーシャルからより高い収入を得る可能性もまた増大するのである。最後の顧客群については、法がこの種の人工的な障壁の生成を支援すべきであるのかという問題がある。特にそのような障壁が低品質の非効率的なテレビ放送を防御するだけのものである場合、大いに疑問である。地域の放送番組から他地域の放送番組に移行することができるのであれば、この顧客群は地域ごとに質の異なる日本のテレビ放送に対して不満を示すことができる。つまり、ロクラクⅡやまねきTVのサービスを認めることは、顧客の需要に対してテレビ局が積極的な反応を示すインセンティブとなる。それは、日本中で放送されるテレビ番組の質の向上につながり、その結果として商業広告の価値が高まることになるだろう。

さらに、まねきTVやロクラクⅡのようなサービスが相当程度増加したとしても、テレビ局の利益に与える悪影響は最小のものに止まる。長期的な観点に立ったとしても、そうしたサービスが広範な市場をカバーし、より大規模な利用者のネットワークを構築する見通しは、既述したように、相対的に高コストとならざるをえないこと、あるいは、顧客層が周縁的なものに止まっているために、大変厳しいものである。このように、その種

のサービスの市場が限定的なものであることは、現在のこれらのサービスの市場の規模がきわめて小さなものに止まっていることにも顕れている。まねきTV事件において、サービス提供者は約100人の顧客を有しているに止まり、その数はテレビ局に対して現実に有意な脅威となるものではなかった。ロクラク事件は、サービス提供者にとっての状況を若干異にするものの、それでも実際の顧客数は日本の主要なテレビ局の従来のビジネスモデルに対して何ら深刻な脅威となるものではないことに変わりはない。

くわえて、ロクラクⅡの価格設定とケーブルテレビの価格設定とを比べると、ロクラクⅡやまねきTVのようなサービスはケーブルテレビのサービスに現実的に取って代わることができるようなものではなく、ケーブルテレビの収入やテレビ局へのロイヤリティに影響を与える可能性は皆無に近い。そうしたサービスによって課金される料金は、従来のケーブルテレビの料金よりもかなり高額である。さらに、ケーブルテレビによって提供されるチャンネルの範囲はロクラクⅡやまねきTVで限定的に選択されて提供されるチャンネルよりも広範である。

総括すると、ロクラクⅡやまねきTVのようなサービスを提供する者を免責する第二のシナリオによっても、個々のテレビ局がインターネット経由で現在提供している「オンデマンドテレビ放送」と直接競合するというかたちでテレビ局に課されることになるコストは限られたものに止まる。もっとも、既に述べたように、既存のこの種の有料サービスは、ロクラクⅡやまねきTVのようなサービスの登場を待たずとも、そもそも高い料金設定の割に範囲が限定的でユーザに対して十分な付加価値を提供するものではなかったために、サービスの継続は困難であったといえることができる。つまり、ロクラクⅡやまねきTVのようなサービスに何らの責任を課さないとしても、テレビ局は自らのサービス—ロクラクⅡやまねきTVのようなサービスと競合するものであって、顧客の需要をより良い方法で満足させるサービスを商業的に成り立つものとするために、ビジネスモデルを再構築することはきわめて容易なことであったのである。しかも、その種のサービスが提供されることになれば、テレビ局が負担することになる前述した社会的コストを上回る大きな社会的な便益がもたらされることになる。以上のように、ロクラクⅡやまねきTVのようなサービスを提供する者に何らかの責任を課すシナリオと課さないシナリオのいずれを

採ったとしても、市場は遅かれ早かれ、オンラインの音楽ダウンロードサービスの分野におけるiTunesサービスと同様のテレビストリーミング放送の構築を促すことになる。しかしながら、そうは言ってもこの二つの選択肢の間には、未だに相当の隔りがあるといえることができる。責任を課さないシナリオを選択し、そのようなサービスを許容した場合には、市場がテレビ局にビジネスモデルの再構築を強いるのを待つまでもなく、人口のかなりの部分が合理的な条件下でのテレビ放送に対する十分なアクセスという利益を得ることができる。特にロクラクⅡやまねきTVのユーザの多くが主要なテレビ局にとっての顧客層の周縁に仲間入りするようになるには、まだ数年を要するだろう。

3.3. 包括ライセンスと報酬請求権システム

想定される第三のシナリオは、これまでに述べた二つのシナリオの間のものである。このシナリオの下では、サービス提供者は問題となっているサービスの提供によってユーザから得た収益の何パーセントかを支払う義務を負うことになる。しかしながら、サービス提供者がテレビ局に合理的なロイヤリティを支払った場合には、テレビ局はサービス提供者に対してそのサービスの提供を差し止める請求権を得ることはない。この解決策により、サービス提供者に著作権侵害の責任を負わせることで第一のシナリオが直面した主要な障害、すなわち、その種のサービスの提供者にインターネット経由の再送信をライセンスすることによってテレビ局が得ることができる利益に乏しいという問題は解消されることになる。この第三のシナリオは、まねきTV事件やロクラク事件で裁判所が適用した利益衡量に比しても利害関係者の相反する個々の利益の間の利益衡量をより適切かつ十分に行うものであるように思われるが、裁判所の真の理由を明らかにするためには、いずれの事件においても裁判所は、両極に位置する二つの選択肢しか与えられていなかったということは明記しておく必要がある。つまり、その種のサービスを止めるか、許すか、その二つの選択肢しか、裁判所には与えられていなかったのである。

もう一つ考えておきたいポイントは、日本の著作権法が既に補償金制度を導入しており、さらに言えば、特にロクラクⅡのシステムのようなサー

ビスで用いられている機器は、その補償金の対象となっているということである。日本の著作権法は、私的かつ非営利のユーザの著作物の利用を活用したサービスの提供に対して報酬請求権を設定してはいないものの、裁判所が採用したアプローチは、日本の政府や立法府に対して関連する条文を改正するよう促しうるものである。しかも、その際には、現在法が採用している概念の大幅な変更は必要としない。現行の著作権法が既に補償金というものを観念しているからである。もっとも、補償金の制度には、制度を運営するコストの問題や、実際に補償の対象となる行為の規模に比して、集金される額が限定されることが珍しくないといった欠点があることも心に留めておかねばならない¹¹⁷。

結語

一見すると、知財高裁がロクラク事件やまねきTV事件で適用したアプローチは、権利者に対して、著作権や著作隣接権の高い効果的なレベルの保護を世界中で与えるという現在のトレンドと合致しないものであるようにみえるが、これらの判決は裁判所が双方の事件の状況や環境下で適用可能な最良の選択をしたものであることを、本稿では示してきた。実際、サービス提供者がテレビ局の排他権の侵害の責任を負うと判断することは、日本の社会全体に与える利益を上回る社会的コストをもたらすものであろう。技術やサービスの提供者の側の利益と著作権あるいは著作隣接権者の側の利益のバランスを裁判所が適用した手法によって調整することにより、裁判所は間接的に問題となるテレビ放送の消費者の利益も斟酌しているということができる。

くわえて、裁判所が選択した解決策は、まねきTV事件やロクラク事件のようなサービスの利用者にテレビ局が関心を示すことになった場合に、

テレビ局が自らのビジネスモデルを調整する誘因を提供することになるだろう。その際、テレビ局はその種のサービス提供者の存在によっていかなる不都合も感得することはないであろう。むしろ、事態はその逆で、日本の著作権法はその種のサービス提供者に対してそのビジネスモデルを経済的に非効率なものとするよう要求しているのだから、著作権者には十分なアドバンテージが与えられているといえることができる。換言すれば、そうしたサービス提供者は追加的なコストを甘受しなければならず、それは最終的には個々の利用者に転嫁しなければならないのである。さあ、「賽は投げられた」。

知財高裁が調整した利害関係者間の利益のバランスが、現実的に実効的なものであったのか否かということは、テレビ放送の将来の状況とインターネットにおける放送の利用可能性によって示されることになるだろう。そして、仮に放送局がまねきTVやロクラクIIのようなサービスに対する著作権保護の水準を強化する差し迫った必要性を感じるようになったとしても、その場合には立法府がそのような対処を為すことができる。その場合、個別の当事者しか登場しない法廷において裁判所が為しうることは限られており、むしろ、影響を受ける利害関係者すべての利益を適切に斟酌する作業は、立法府に委ねる方が望ましいといえることができる。

¹¹⁷ この問題を別の文脈で指摘するものとして、Branislav Hazucha, *Community as a Holder of Intangible Cultural Heritage: A Broader Public Policy Perspective*, in TOSHIYUKI KONO (ed.), *INTANGIBLE CULTURAL HERITAGE AND INTELLECTUAL PROPERTY: COMMUNITIES, CULTURAL DIVERSITY AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT* 223, 242-243 (Intersentia, 2009) を参照。