

著作権の間接侵害についての研究

筑波大学

図書館情報メディア研究科

2016年3月

星田 拓臣

目次

1. はじめに.....	1
2. 著作権法 112 条 1 項による間接関与者の差止め.....	3
3. 間接侵害類型の事例.....	6
3.1. カラオケ法理に関連する事例.....	6
3.1.1. カラオケ法理の誕生[クラブ・キャッツアイ事件].....	6
3.1.2. カラオケ法理の変化[ファイルログ事件].....	11
3.1.3. 変化したカラオケ法理の採用[録画ネット事件].....	17
3.1.4. 管理・支配性を満たすとされる行為の外延[選撮見録事件].....	21
3.1.5. サービス提供者の行為主体性が否定された事例.....	28
3.1.5.1. 著作物利用行為を前提としないサービス[スターデジオ事件].....	28
3.1.5.2. サービスの様態が似通った事例間の比較[まねき TV 事件仮処分～控訴審、録画ネット事件、ロクラク II 事件第一審].....	32
3.1.6. 総合考慮による行為主体判断[MYUTA 事件].....	44
3.2. 著作物利用行為の主体を判断するための新しい基準.....	48
3.2.1. サービス利用者の行為への注目[ロクラク II 事件控訴審].....	48
3.2.2. 枢要な行為論[ロクラク II 事件上告審].....	54
3.2.3. ロクラク II 事件最高裁判決の採用[自炊代行事件].....	60
4. 結論.....	71
4.1. カラオケ法理と枢要な行為論の問題.....	71
4.1.1. カラオケ法理の問題点.....	71
4.1.2. 枢要な行為論の問題点.....	75
4.1.3. 規範的行為主体判断の問題点.....	76
4.2. 著作物利用主体判断の考慮要素の検討.....	78
4.2.1. 権利制限規定の観点を踏まえた行為主体判断.....	78
4.2.2. 私的複製の観点を踏まえた複製における重要な行為.....	78
4.2.3. 私的複製の観点を踏まえた複製主体の考慮要素と裁判例からの考慮要素.....	80
5. おわりに.....	83
参考文献.....	85

1. はじめに

近年、デジタル技術やネットワーク技術の発達によりクラウドサービスなどさまざまな形で著作物を享受することが可能になった。そのため、著作物利用が多様化し、著作物利用への関与もまた多様化することになる。しかし、著作権法では侵害とみなす行為を定めた法 113 条を除き特許法のような間接侵害に関する規定がない。そのため、物理的に著作物を利用していない、例えば、著作物利用のための機器を提供している者に対してどのように責任を問うのが問題となる。これがいわゆる間接侵害の問題である。

著作物を利用していないが利用行為に関与しているものに責任を問う方法の一つとして、民法の共同不法行為責任による方法がある。これによって侵害行為を教唆・幫助したものに損害賠償を請求することができる。しかし、共同不法行為責任を問うためには、直接の著作物利用者の行為が著作権侵害でなければならない。また、侵害に対する救済として損害賠償のほかに、著作権法 112 条 1 項で権利者に差止請求権が認められている。これは、侵害する者または侵害するおそれがある者に対して侵害の停止や予防を請求することができる、という権利である。しかし、差止を請求できる対象である、侵害する者または侵害するおそれがある者の人的な範囲については明確な規定がない²。

著作物利用に関与しているものの物理的に著作物を利用していない者に対し責任を問うために裁判実務では、著作物利用に関与している者を直接の利用者と同視するという方法が多く用いられてきた。すなわち、間接的に著作物利用に関与している者を直接の利用者と評価することによって、差止請求を認めるものである。このように物理的な利用者ではないものを直接行為主体と評価するという方法をとる場合、物理的な利用者の行為が著作権侵害である必要はない³。これは権利者にとってはメリットではあるが、物理的な利用者から見た場合、利用可能な行為が狭められることにつながる。物理的な利用者の利用行為が権利制限によって適法になしうるとしても、間接関与者が直接の利用主体であるとみなされ差し止め請求が認められた場合、間接関与者の行為が差し止められることによって物理的な利用者は利用行為を行うことができなくなってしまう。

このように著作物利用主体の判断いかんによって、利用行為が差し止められるか否かを左右することがあるという点で、利用行為主体の判断は重要であるといえる。著作物利用主体を判断するための明文の規定はなく、裁判例の積み重ねを通じて行為主体判断の理論が構築されてきたことから、本研究では、著作物利用主体が問題となった裁判例から、規範的行為主体論の問題や権利制限規定の観点から踏まえた行為主体判断のための考慮要素の検討を行う。

間接関与者を直接利用主体と同視するという方法は、昭和 63 年のクラブ・キャッツアイ事

¹ 田村善之「著作権の間接侵害」知的財産法政策学研究 26 号 36 頁（2010）

² 中山信弘『著作権法』605 頁（有斐閣、第二版、2014）

³ 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 49 卷 582 号 5 頁（2009）、前傾注 1）田村・37 頁

件最高裁判決で示された判示に端を発し、クラブ・キャッツアイ事件最高裁判決の判例法理がその後の裁判において利用される中で定式化された。また、平成 23 年には、ロクラク II 事件最高裁判決において行為主体判断に関する新たな判断基準が示され、平成 25 年の裁判で新たな判断基準が採用されている。本論文では、次の 2 章で著作権の間接侵害について整理し、改めて本研究で扱う範囲を示す。3 章から、クラブ・キャッツアイ事件やロクラク II 事件などの行為主体が問題となった裁判例を紹介し、それらの裁判における行為主体判断の検討を行う。そして 4 章では、3 章での検討を踏まえ、規範的行為主体論の問題点や権利制限規定の観点から踏まえた行為主体判断のための考慮要素の検討を行う。

2. 著作権法 112 条 1 項による間接関与者の差止め

著作物を直接利用するのではなく、著作物利用に間接的関与している者に対してどのように責任を問うのか、というのが著作権の間接侵害の問題である。その中でも、権利者の差止請求を容認する方法として著作権の間接侵害では、著作物を直接利用していない者を、著作物利用に間接的に関与している者として責任を問おうとする場合と、直接の著作物利用者とみなすことによって責任を問おうとする場合がある。

①間接関与者として責任を問う場合

間接侵害が問題となった裁判例において、直接著作物を利用していない者を法 112 条 1 項に基づき差止めを認めた裁判は 2 例しかない。1 つは、法 112 条 1 項の対象に幫助者も含まれるとしたヒットワン事件⁴、もう 1 つは、法 112 条 1 項の類推適用により差止めを認めた選撮見録事件第一審⁵である。

法 112 条 1 項の差止対象に著作物を直接利用している者以外が含まれるか否かについては学説上の議論がある。幫助者も含まれるとする理由として、鎌田氏は、①著作権法 112 条 1 項は、広く著作権等の侵害行為一般について差止請求をなしうると定めており、幫助型の行為であってもそれが著作権侵害行為と評価される以上は同項の適用を排除すべき理由はないこと、②著作権法 112 条 2 項⁶は著作権侵害行為の幫助行為をも差止請求の対象となしうることを当然の前提として定められていると解しうること⁷を挙げている。また、田中氏は、条文の文言上は、間接侵害行為をする者を含むと解することに特段の障害はないことや著作権に対する侵害を排除し又は予防する実効的手段を確保するという観点から、著作権侵害に共同正犯者がいる場合を想定し、差止請求の具体的内容を各人の具体的役割分担に応じたものとするを排除すべき理由はなく、共犯の形態が例えば幫助に分類される場合に、その加担の具体的様態に即した差止請求を認めることに特段の障害はない⁸としている。

一方、法 112 条 1 項の対象には直接の侵害者以外は含まれないとする理由として、奥邨氏は、著作権法に明示的に定められていない利用行為を超えた差止めを認めてしまうことは法が与えていない独占権を与えるに等しく、著作権法が維持してきたバランスを乱して

⁴ 大阪地判平成 15 年 2 月 13 日判タ 1124 号 285 頁[ヒットワン事件]

⁵ 大阪地判平成 17 年 10 月 24 日判時 1911 号 68 頁[選撮見録事件第一審]

⁶ 著作権法 112 条 2 項 著作者、著作権者、出版権者、実演家又は著作隣接権者は、前項の規定による請求をするに際し、侵害の行為を組成した物、侵害の行為によって作成された物又は専ら侵害の行為に供された機械若しくは器具の廃棄その他の侵害の停止又は予防に必要な措置を請求することができる。

⁷ 鎌田薫「民法理論からの検討」紋谷暢男ほか『寄与侵害・間接侵害に関する研究』59 頁（著作権情報センター、2001）

⁸ 田中豊「裁判例の分析を中心に」紋谷暢男ほか『寄与侵害・間接侵害に関する研究』37 頁（著作権情報センター、2001）

しまう⁹、としている。また上野氏は、著作権は禁止権であり、支分権に定められた利用行為のみが著作権侵害になるという原則が前提としてあり、その例外として 113 条にみなし侵害が定められていることから、112 条 1 項によって幫助者を差止めることはできない¹⁰、としている。

また、法 112 条 1 項の差止請求の対象について文化審議会著作権分科会法制問題小委員会では、間接関係者の直接利用者に対する寄与によって権利侵害を招く一定の範囲の間接関係者は差止請求の対象に含まれるべき¹¹、としている。そして、間接関係者が差止請求の対象に含まれる場合、直接の利用者の侵害を前提とするか否かが問題となるが、この点については適法な行為の助長・容易化等の行為を違法な侵害行為とすることは適当ではないため、直接利用者の侵害を前提とする¹²とした。加えて、ワーキングチームでは、差止対象となる間接関係者の範囲を以下の 3 つにまとめている¹³。

- (i) 専ら侵害の用に供される物品（プログラムを含む。以下同じ）・場ないし侵害のために特に設計されまたは適用された物品・場を提供する者
- (ii) 侵害発生の実質的危険性を有する物品・場を、侵害発生を知り、又は知るべきでありながら、侵害発生防止のための合理的措置を採ることなく、当該侵害のために提供する者
- (iii) 物品・場を、侵害発生を積極的に誘引する態様で、提供する者

しかしながら、その後、立法措置は取られず「引き続き望ましい制度設計の在り方等について検討を行う必要があるものと考えられる¹⁴」と示されるにとどまっている。

間接関係者が法 112 条の対象に含まれるとして差止請求を認めるという方法がとられた例は大阪地裁における裁判の 2 例のみであり、例外的なものであると考えられる。また、法 112 条 1 項も改正されなかったことから、著作権の間接侵害が問題となる裁判において間接関係者を幫助者として責任を問う、という方法が用いられる可能性は少ないのではないだろうか。

⁹ 奥邨弘司「判批」判時 1931 号 202 頁〔選撮見録事件第一審〕

¹⁰ 上野達弘「プロバイダーの責任」著作権研究 28 号 94 頁（2001）

¹¹ 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会平成 24 年 1 月 12 日資料 3 「「間接侵害」等に関する考え方の整理」2 頁

(http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hosei/h23_06/pdf/shiryo_3.pdf)

¹² 前掲注 11) 3 頁

¹³ 前掲注 11) 3 頁

¹⁴ 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会平成 25 年 2 月 6 日資料 2 「「間接侵害」等に係る課題について（検討経過）」10 頁

(http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hosei/h24_07/pdf/shiryo_2.pdf)

②間接関与者を直接の利用者とみなすことによって責任を問う場合

間接侵害に関連する裁判では主に、間接関与者を直接の利用者と同視するという方法で間接関与者に対する差止請求を認めている。間接関与者を規範的に直接の著作物利用者とみなすという方法は、後述するクラブ・キャッツアイ事件最高裁判決によって示されたカラオケ法理¹⁵に端を発するものであり、それ以降、カラオケ法理は行為主体が問題となる様々な事件で用いられてきた。その後、平成 23 年にロクラクⅡ・まねき TV 事件最高裁判決において行為主体判断の新たな基準が示された。本研究は、間接侵害の問題のなかでもカラオケ法理をはじめとする規範的行為主体論について検討を行うものである。

¹⁵ 3 章で詳しく述べるが、カラオケ法理とは、物理的に著作物を利用していない者を、管理性と利益性に着目することによって規範的に利用行為の主体と評価するものである。(島並[ほか]『著作権法』265 頁(有斐閣、2010))

3. 間接侵害類型の事件

3.1. カラオケ法理に関連する事例

3.1.1. カラオケ法理の誕生[クラブ・キャッツアイ事件]（最判昭和 63 年 3 月 15 日民集 42 卷 3 号 199 頁[クラブキャッツアイ事件上告審]）

本件は、後の間接侵害が問題となった多くの裁判で採用されたカラオケ法理と呼ばれる、管理と利益に注目して行為主体を判断する法理が生まれた端緒である。ここでは、クラブ・キャッツアイ事件におけるカラオケ法理を紹介し、最高裁判決で示されている管理と利益の内容について検討を行う。結論の先取りになるが、カラオケ法理において行為主体を判断するために重要なのは管理要件であり、利益要件は要件というよりもむしろ、クラブ・キャッツアイ事件において演奏が問題となっていたことから言及されていた要素であると考えられる。

3.1.1.1. 事案の概要

この事件は、許諾を得ないまま、スナック等においてカラオケテープを再生し、従業員や客に歌唱させていたことが問題となった事例である。第一審では、JASRAC（以下、X）が管理している楽曲について、許諾を得ずにスナック等において楽団演奏及びピアノ又はエレクトーン、ギター等による生演奏のかたちで演奏させて店に来た不特定多数の客に聞かせていたため、X が演奏の差止めと損害賠償をスナック等の共同経営者ら（以下、Y）に求めていた。請求は認められ Y は控訴したが、スナック等において、生演奏の代わりにカラオケ装置を設備し、楽曲の伴奏が録音されたテープを準備し、許諾を得ないままホステス等従業員や客が歌唱する形態に変わっていたことから、X は、従業員の歌唱や客の歌唱についてその演奏の主体は Y であるとし、これらの演奏による損害賠償を請求した。控訴審は、「店舗にカラオケを設備してこれを管理し、客にすすめて管理著作物が録音された伴奏用テープを再生して他の客の面前で歌唱させ、またしばしばホステスも客と共に歌唱し、あるいは合間にはホステスだけで歌唱し、店の雰囲気をつくり、客の来集をはかつて利益をあげることを意図していると認められるから、ホステス等の歌唱は勿論、客の歌唱も含めて演奏の主体性は店側にあり、かつ営利を目的とし、公衆の面前で演奏しているものと認めるのが相当である。してみると、かかる歌唱は、被控訴人の許諾なき限り当該管理著作物にかかる被控訴人の演奏権を侵害するものと認められ、他に以上の認定を左右するに足る証拠はない」として X の請求を容認した。これに対し、Y が上告した。当時の著作権法においては、附則 14 条により、適法に録音された音楽の著作物の再生については使用が認められていたため、カラオケテープの再生では店の責任を問うことが困難だった。そのため、X が従業員や客の歌唱を捉え経営者らの演奏侵害を主張したことから、演奏の主体が問題となった。

3.1.1.2. 判旨

「上告人らは、上告人らの共同経営にかかる原判示のスナック等において、カラオケ装置と、被上告人が著作権者から著作権ないしその支分権たる演奏権等の信託的譲渡を受けて管理する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、ホステス等従業員においてカラオケ装置を操作し、客に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あるいは単独で歌唱させ、もつて店の雰囲気作りをし、客の来集を図つて利益をあげることを意図していたというのであり、かかる事実関係のもとにおいては、ホステス等が歌唱する場合はもちろん、客が歌唱する場合を含めて、演奏（歌唱）という形態による当該音楽著作物の利用主体は上告人らであり、かつ、その演奏は営利を目的として公にされたものであるというべきである。けだし、客やホステス等の歌唱が公衆たる他の客に直接聞かせることを目的とするものであること（著作権法二二条参照）は明らかであり、客のみが歌唱する場合でも、客は、上告人らと無関係に歌唱しているわけではなく、上告人らの従業員による歌唱の勧誘、上告人らの備え置いたカラオケテープの範囲内での選曲、上告人らの設置したカラオケ装置の従業員による操作を通じて、上告人らの管理のもとに歌唱しているものと解され、他方、上告人らは、客の歌唱をも店の営業政策の一環として取り入れ、これを利用していわゆるカラオケスナックとしての雰囲気を醸成し、かかる雰囲気を好む客の来集を図つて営業上の利益を増大させることを意図していたというべきであつて、前記のような客による歌唱も、著作権法上の規律の観点からは上告人らによる歌唱と同視しうるものであるからである。

したがつて、上告人らが、被上告人の許諾を得ないで、ホステス等従業員や客にカラオケ伴奏により被上告人の管理にかかる音楽著作物たる楽曲を歌唱させることは、当該音楽著作物についての著作権の一支分権たる演奏権を侵害するものというべきであり、当該演奏の主体として演奏権侵害の不法行為責任を免れない。」また、伊藤正巳裁判官の反対意見¹⁶がある。

3.1.1.3. 行為主体の判断基準について

本件では、客の歌唱の主体を判断する際に、「客は、上告人らと無関係に歌唱しているわけではなく、上告人らの従業員による歌唱の勧誘、上告人らの備え置いたカラオケテープの範囲内での選曲、上告人らの設置したカラオケ装置の従業員による操作を通じて、上告人らの管理のもとに歌唱している」、という管理と「上告人らは、客の歌唱をも店の営業政策の一環として取り入れ、これを利用していわゆるカラオケスナックとしての雰囲気を醸成し、かかる雰囲気を好む客の来集を図つて営業上の利益を増大させることを意図していたというべき」、という営業上の利益に着目することによって経営者らを演奏の主体であるとしている。このような、管理と営業上の利益に注目することによって行為主体を判断す

¹⁶伊藤裁判官は、判決の結論には賛成するものの、客の歌唱についてまで経営者らの利用行為であるとするのは擬制的にすぎて相当でないとしている。

る法理は、カラオケスナックの事例だけでなくカラオケボックスの事例や、後述するその後の裁判で採用され、カラオケ法理として定式化した。

管理性について

管理について最高裁判決では、客の歌唱が経営者らの管理の下に行われているとする理由として、「上告人らの従業員による歌唱の勧誘、上告人らの備え置いたカラオケテープの範囲内での選曲、上告人らの設置したカラオケ装置の従業員による操作」が挙げられている。調査官解説によれば、管理の下行われているというためにはこれらの要素を満たさなければならないというのではなく、具体的な事案ごとに依じて判断する必要がある¹⁷とされている。

カラオケ法理と同様に、物理的な行為主体ではない者を行為主体と法的に評価する理論として、実際の著作物利用者を自己の手足ないし道具として用いている場合には、それを行わせているものが実質的に著作物利用を行っているとして評価できる、という手足論がある。手足論が認められるためには、手足ないし道具として用いられる者と他者を手足ないし道具として用いる者との間に強い支配関係が必要とされる。

この手足論とカラオケ法理を比較すると、本件において客は、歌唱するか否かは客自身の意思で判断するため、密接な支配関係が要求される手足論よりも管理の程度が低いといえることができる。そのため、本件は管理の程度が低いにもかかわらず、著作物利用を行っていない者の行為主体性を肯定するものであるといえることができる。

利益性について

原審でも客の歌唱という演奏についてその行為主体は店であるとしている。「店舗にカラオケを設備してこれを管理し、客にすすめて管理著作物が録音された伴奏用テープを再生して他の客の面前で歌唱させ、またしばしばホステスも客と共に歌唱し、あるいは合間にはホステスだけで歌唱し、店の雰囲気をつくり、客の来集をはかつて利益をあげることを意図していると認められるから、ホステス等の歌唱は勿論、客の歌唱も含めて演奏の主体性は店側にあり、かつ営利を目的とし、公衆の面前で演奏しているものと認めるのが相当である。」最高裁判決と同様に原審でも管理性と利益性に言及し、行為主体について判断している。原審の判示では客と従業員の歌唱の主体性は店にあり、その歌唱は営利かつ公に行われている、と述べていることから、営業上の利益について言及している「店の雰囲気をつくり、客の来集をはかつて利益をあげることを意図していると認められるから」という部分は、「営利を目的とし、公衆の面前で演奏しているものと認める」という結論の理由付けであると読むことができる。

この原審が示す内容については、最高裁判決も同趣旨の内容を示している。「上告人らは、上告人らの共同経営にかかる原判示のスナック等において、カラオケ装置と、被上告人が

¹⁷水野武「判解」最高裁判所判例解説民事編（昭和63年度）166頁

著作権者から著作権ないしその支分権たる演奏権等の信託的譲渡を受けて管理する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、ホステス等従業員においてカラオケ装置を操作し、客に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あるいは単独で歌唱させ、もつて店の雰囲気作りをし、客の来集を図つて利益をあげることを意図していたというのであり、かかる事実関係のもとにおいては、ホステス等が歌唱する場合はもちろん、客が歌唱する場合を含めて、演奏（歌唱）という形態による当該音楽著作物の利用主体は上告人らであり、かつ、その演奏は営利を目的として公にされたものであるというべきである。」したがって、最高裁判決が示す、「利益を上げることを意図している」という部分についても原審と同じく、「その演奏は営利を目的として公にされたものであるというべきである」という結論の理由であると読むことができるのではないだろうか。つまり、客を含む歌唱について主体性を店側に認めた理由は店側が行っていた各行為、管理とされているところを理由とするものであり、利益については、営利を目的としている、というところの理由であるといえる。

このように考えた場合、なぜ営業上の利益について言及する必要があったのかという点だが、これは法 38 条 1 項との関係によるものであると考えられる。

第三十八条 公表された著作物は、営利を目的とせず、かつ、聴衆又は観衆から料金（いずれの名義をもつてするかを問わず、著作物の提供又は提示につき受ける対価をいう。以下この条において同じ。）を受けない場合には、公に上演し、演奏し、上映し、又は口述することができる。ただし、当該上演、演奏、上映又は口述について実演家又は口述を行う者に対し報酬が支払われる場合は、この限りでない。

最高裁は客の歌唱の行為主体は店であり、その歌唱は営利を目的に公に行われたものであるということを、営業上の利益について言及することによって述べるものではないだろうか¹⁸。

3.1.1.4. 検討

クラブ・キャッツアイ事件では管理性と利益性が検討されているが、利益性については、法 38 条 1 項との関係から、歌唱が営利を目的に行われたことを示すために述べられていると考えられるため、行為主体を判断する上では管理性が最も重要であるといえる。また、前述の手足論との比較から、カラオケ法理は、密接な支配関係がない場合にも直接著作物利用を行っていない者について行為主体性を認めるものであるといえる。カラオケ法理の 2 要件については、以降の裁判においてカラオケ法理が用いられる中で、緩く解されるよう

¹⁸奥邨氏は、「著作権法上の規律の観点から」について著作権法一般の規律ではなく、法 38 条 1 項の規律の観点である、と指摘する。（前掲注 3）奥邨・10 頁）

になった¹⁹という指摘がなされている。

カラオケ法理が物理的に著作物利用を行わない者を直接利用者と同視し、損害賠償等の責任を認めるものであることから、管理要件が緩く解されてしまうと著作権侵害と判断される対象が拡大していくことになる。そのため、本件が示していた管理の内容をあらためて検討する必要があると考える。

本件において示された「管理」について学説には、管理の対象を客そのものを対象にしているとするものと客の行為に着目しているとするものがある。奥邨氏は、判決が「事実関係のもとにおいては、ホステス等が歌唱する場合はもちろん、客が歌唱する場合を含めて、演奏（歌唱）という形態による当該音楽著作物の利用主体は上告人ら」である、としていることから、客の歌唱を従業員の歌唱と同視し、経営者らは従業員を管理していることをもって、客の歌唱を経営者の歌唱と同視するものであり、管理の対象は、客の歌唱ではなく、客という人間に対するものであると指摘する²⁰。管理の対象ではないが、カラオケ法理は直接の利用行為者と人的関係があり、人的な指示等を認めることができることができなくはないものに用いられてきた法理である²¹とする見解もある。

また、茶園氏は、手足論との比較から、カラオケスナックにおいて客は歌唱するかしないかは自由であり、店と客の間に人的な支配ないし管理関係が存在しないことから、最高裁で経営者らの管理として挙げられている要素は客ではなく客の行為に対するコントロールに注目したものということができる²²、としている。

前述の手足論とカラオケ法理の比較からカラオケ法理は、直接の著作物利用者と物理的に著作物を利用していないが法的な評価として行為主体と判断されうる者との間に手足論ほど密接な支配関係がないにもかかわらず、行為主体性を認めるものであるといえる。そのため、カラオケ法理は管理の捉え方によって、行為主体性が肯定される者を容易に拡大しうることから、本件において求められている管理の程度はできるだけ強いものであると解する必要がある。したがって、本件における管理とは、手足論ほどの密接な支配関係は要求しないものの、著作物利用行為について管理しており、物理的に著作物利用を行っていない者と直接利用者の間に、人的な関係を要求するものであるといえるのではないだろうか。

¹⁹ 前掲注 2) 中山・609 頁

²⁰ 前掲注 3) 奥邨・9 頁、柴田義明「著作権侵害の主体」牧野利秋ほか『知的財産法の理論と実務 4 巻著作権法・意匠法』236 頁（新日本法規出版、2007）柴田氏はカラオケ法理を次のように説明している。「行為者を「支配・管理」し、「営業上の利益」が帰属する者を「主体」とする法理が、「カラオケ法理」と呼ばれたりすることとなった。」

²¹前掲注 1) 田村・43 頁

²²茶園成樹「著作権侵害の行為主体」大阪大学法学部創立五十周年記念『二十一世紀の法と政治』（2002）

3.1.2. カラオケ法理の変化[ファイルログ事件]（東京地判平成 14 年 4 月 11 日判タ 1092 号 110 頁[ファイルログ事件仮処分]、東京地判平成 15 年 1 月 29 日平 14（ワ）4249 号[同事件中間判決]、東京高判平成 17 年 3 月 31 日平 16（ネ）第 405 号[同事件控訴審]）

本件は、著作権侵害となる利用行為を惹起するようなシステムの提供が問題となった事件である。システムの提供の場面でカラオケ法理の影響を受けた行為主体の判断枠組みが使用されている。カラオケ法理との違いとして、管理性と利益性のほかにシステムの内容・性質が考慮されていること、また、システムの提供者と利用者の中に人的な関係がないことが挙げられる。結論の先取りになるが、カラオケ法理を踏まえた本件の判断基準では管理性がクラブキャッツアイ事件最高裁判決におけるカラオケ法理よりも認定され易くなっており、行為主体と判断される対象が拡大したと考えられる。

3.1.2.1. 事案の概要

この事件は P2P 技術を用いたファイル交換が問題となった事例である。「ファイルログ」というファイル交換サービスを提供していた日本エム・エム・オー（以下、Y）に対して、JASRAC（以下、X）が、自身の管理する音楽の電子ファイルが許諾なく交換されているとして、著作権侵害による差止めを求めた。

本件サービスは次のようなものである。パソコンを Y のサイトに接続してクライアントソフトをダウンロードし、パソコンにインストールする。ファイルの送信を行うためには、送信を可とするファイルを蔵置するフォルダとして指定し、同フォルダに送信を可とする電子ファイルを蔵置する。Y サーバに接続されると、共有フォルダ内の電子ファイルは自動的に他の利用者のパソコンに送信できる状態となる。送信者が本件クライアントソフトを起動し、接続ボタンをクリックして債務者サーバに接続すると蔵置されている電子ファイルの情報、名前、サイズ、ユーザ名と IP アドレス及びポート番号が債務者サーバに送信される。ファイルを受信しようとする利用者は、クライアントソフトを起動して Y サーバに接続し、キーワードとファイル形式によって、Y サーバに接続している他の利用者のパソコンの共有フォルダ内からファイルに関する情報を検索することができる。取得したいファイルを選択する。Y サーバでは、送られてくる情報を基に、ダウンロード可能なファイルに関するデータベースを作成する。

Y は著作物利用を行っておらず、実際の著作物利用を行っていたのはファイルの交換を行うサービスの利用者であるため、侵害行為の主体が問題となった。

3.1.2.2. 決定主旨および判例主旨

仮処分

ファイル送信者の侵害について

複製権について、「①利用者が、当初から公衆に送信する目的で、音楽 CD を MP3 形式のファイルへ変換した場合には、法三〇条一項の規定の解釈から当然に、また、②当初は、

私的使用目的で複製した場合であっても、公衆が当該 MP3 ファイルを受信して音楽を再生できるような状態にした場合には、当該複製物により当該著作物を公衆に提示したのとして、法四九条一項一号の規定により、複製権侵害を構成する。」

自動公衆送信権と自動公衆送信可能化権について、「送信者が、電子ファイルをパソコンの共有フォルダに蔵置して、本件クライアントソフトを起動して債務者サーバに接続すると、送信者のパソコンは、債務者サーバにパソコンを接続させている受信者からの求めに応じ、自動的に上記電子ファイルを送信し得る状態となる。

したがって、電子ファイルを共有フォルダに蔵置したまま債務者サーバに接続して上記状態に至った送信者のパソコンは、債務者サーバと一体となって情報の記録された自動公衆送信装置（法二条一項九号の五イ）に当たるということができ、また、その時点で、公衆の用に供されている電気通信回線への接続がされ、当該電子ファイルの送信可能化（同号ロ）がされたものと解することができる。

……以上によれば、本件サービスの利用者が、本件各管理著作物の著作権の管理者である債権者の許諾を得ることなく、本件各 MP3 ファイルをパソコンの共有フォルダに置いて債務者サーバに接続すれば、本件各管理著作物について、著作権侵害（自動公衆送信権侵害及び送信可能化権侵害）を構成する（法二三条一項）。」

Yの侵害について

「債務者の行為が、送信可能化権及び自動公衆送信権を侵害するか否かについては、①債務者の行為の内容・性質②利用者のする送信可能化状態に対する債務者の管理・支配の程度、③本件行為によって生ずる債務者の利益の状況等を総合斟酌して判断すべきである。」

サービスの内容・性質について、「本件サービスは、送信者が、市販のレコードを複製したファイルが大多数を占めているMP3ファイルを、送信可能状態にするためのサービスという性質を有する。」

管理性等について、次のaからgまでについて認定し、それを基礎に管理性を認めている。「a 利用者が本件サービスを利用して、電子ファイルを自動公衆送信するには、債務者サイトから本件クライアントソフトをダウンロードして、これを自己のパソコンにインストールすることが必要不可欠である。b 利用者は、パソコンを債務者サーバに接続させることが必要不可欠であるが、同接続は、通常、本件クライアントソフトを起動することによりしている。c 自動公衆送信の相手方も、パソコンに本件クライアントソフトをインストールし、そのパソコンを債務者サーバに接続することが必要不可欠である。d 送信者が自動公衆送信をするのは、受信者が希望する電子ファイルを検索して、その電子ファイルの蔵置されているパソコンの所在及び内容を確認できることを前提としているが、これに必要な一切の機会は債務者が提供しており、送信者の自動公衆送信を可能とすることについて、債務者サーバが必要不可欠である。e 本件サービスにおいては、受信者は、希望する電子ファイルの所在を確認した場合、本件クライアントソフトの画面上の簡単な操作によ

って、希望する電子ファイルを受信することができるようになっており（その際、受信者は、送信者のIPアドレス及びポート番号を認識する必要はない。）、受信者のための利便性、環境整備が図られている。f 受信者が受信可能な電子ファイルは、債務者サーバに接続しているパソコンの共有フォルダ内に蔵置されているものに限られている。g 債務者は、本件サービスの利用方法について、自己の開設したウェブサイト上で説明をし、ほとんどの利用者が同説明を参考にして、本件サービスを利用している。」

「利用者の電子ファイルの送信可能化行為（パソコンの共有フォルダに電子ファイルを置いた状態で、同パソコンを債務者サーバに接続すること）及び自動公衆送信（本件サービスにおいて電子ファイルを送信すること）は、債務者の管理の下に行われているというべきである。」

利益について、「ウェブサイト上の広告掲載への需要は、当該ウェブサイトへの接続数と相関関係があり、接続数が多くなれば、広告掲載の需要が高まり、広告収入等も多くなる。本件サービスの登録者数は4万2000人であり、債務者サーバに同時接続している利用者数は平均約340人、そのMP3ファイル数は平均約8万であるところ、上記人数は、将来さらに増加することも予想され、債務者サイトは広告媒体としての価値を十分有する。……送信者に債務者サイトに接続させてMP3ファイルの送信可能化行為をさせているが、同行為はそれ自体、債務者サイトへの接続数を増加させる行為であるとともに、受信側パソコンの接続数の増加に寄与する行為でもあるといえるから、債務者サイトの広告媒体としての価値を高め、営業上の利益を増大させる行為といえることができる。……債務者は、将来、債務者サイトに広告を掲載することによる広告収入の獲得を債務者の営業に取り入れていく意図を有している。……本件サービスを利用してMP3ファイルを受信しようとする者から受信の対価を徴収するシステムとしていないが、債務者は、将来、同サービスを利用してMP3ファイルを受信した者から受信の対価を徴収するシステムに変更することを予定している。」

「……利用者に債務者サイトに接続させてMP3ファイルの公衆送信化行為をさせること、及び同MP3ファイルを他の利用者に送信させることは、債務者の営業上の利益を増大させる行為と評価することができる。」

保全の必要性について、「①本件サービスには、平成一三年一二月の時点で、既に四万人以上が登録し、平均でも約三〇〇人以上が債務者サーバに接続して、希望する電子ファイルを自由に受信しており、しかも、その利用者は個人として特定されていないこと、②債務者は、交換情報を遮断するなどの措置を何ら採っていなかったこと、③今後も同情報が公開されるおそれがあること等の事実を照らすならば、債権者の許諾のないまま本件各管理著作物の送信可能化行為がされ、利用者が自由に本件各MP3ファイルを取得することが続けられた場合、債権者に著しい損害が生じることは明らかである。そうすると、本件において、保全の必要性は存在する。」中間判決

ファイル送信者の著作権侵害については、仮処分と同様に判断している。Yの著作権侵害

についても仮処分と同様に、「①被告エム・エム・オーの行為の内容・性質、②利用者のする送信可能化状態に対する被告エム・エム・オーの管理・支配の程度、③被告エム・エム・オーの行為によって受ける同被告の利益の状況等を総合斟酌して判断すべきである。」とした。

①について、「本件サービスは、MP 3 ファイルの交換に係る部分については、利用者をして、市販のレコードを複製したMP 3 ファイルを自動公衆送信及び送信可能化させるためのサービスという性質を有する。」

②について、認定した事実を総合考慮することによって、Y の管理性を認めている。a から c までの認定された事実は仮処分において管理性が検討された際の a から c と同じ。「d 本件サービスにおいては、受信者は希望する電子ファイルを検索して、その電子ファイルの蔵置されているパソコンの所在及び内容を確認できるようになっており、この検索機能がなければ、受信者が、本件サービスを利用して電子ファイルを受信することは事実上不可能である。送信者が本件サービスにおいて電子ファイルを自動公衆送信するのはこのような検索により、受信する者が存在することが前提となる。したがって、本件サービスにおける自動公衆送信及び送信可能化にとって、本件サービスにおける上記検索機能は必要不可欠である。なお、本件サービスにおいて送受信されているMP 3 ファイルのほとんどは市販のレコードを複製したものであること、本件サービスにおける電子ファイルの検索は、楽曲名及び歌手名による検索であることに照らすと、受信者が、市販されている特定のレコードを複製した電子ファイルを受信しようとする場合には、本件サービスにおけるこのような検索機能が必要不可欠といえる。e 本件サービスにおいては、受信者に受信しようとする電子ファイルの検索を可能とさせるために、送信者に共有フォルダに蔵置する電子ファイルにファイル名を付させている。そして、送信者は、被告エム・エム・オーの設定したルールに則り、自己のパソコンの共有フォルダに蔵置する電子ファイルにファイル名を付している。f 本件サービスにおいては、受信者は、希望する電子ファイルの所在を確認した場合本件クライアントソフトの画面上の簡単な操作によって、希望する電子ファイルを受信することができるようになっており（その際、受信者は、送信者のIPアドレス及びポート番号を認識する必要はない。）、受信者のための利便性、環境整備が図られている。g 被告エム・エム・オーは、本件サービスの利用方法について、自己の開設したウェブサイト上で説明をし、ほとんどの利用者が同説明を参考にして、本件サービスを利用している。」

「利用者の電子ファイルの送信可能化行為（パソコンの共有フォルダに電子ファイルを置いた状態で、同パソコンを被告サーバに接続すること）及び自動公衆送信（本件サービスにおいて電子ファイルを送信すること）は、被告エム・エム・オーの管理の下に行われているというべきである。」

③について、仮処分と同様に、Y が将来、受信者から料金を徴収することを予定していたこと、サービスによる広告料収入があったことから、利益性についても認めた。

控訴審

差止めと損害賠償を認め、理由について付加補正するほか中間判決のとおりであるからそれを引用する、とした。Yの著作権侵害について、「本件で請求されているのは、本件管理著作物の送信可能化権及び自動公衆送信権の侵害に基づく、本件管理著作物の本件サービスによる送受信の差止め及び損害賠償である。そして、本件サービスのように、インターネットを介する情報の流通は日々不断にかつ大量になされ、社会的に必要不可欠なものになっていること、そのうちに違法なものがあるとしても、流通する情報を逐一捕捉することは必ずしも技術的に容易ではないことなどからすると、単に一般的に違法な利用がされるおそれがあるということだけから、そのような情報通信サービスを提供していることをもって上記侵害の主体であるとするのは適切でないことはいうまでもない。しかし、単に一般的に違法な利用もあり得るというだけにとどまらず、本件サービスが、その性質上、具体的かつ現実的な蓋然性をもって特定の種類の違法な著作権侵害行為を惹起するものであり、控訴人会社はそのことを予想しつつ本件サービスを提供して、そのような侵害行為を誘発し、しかもそれについての控訴人会社の管理があり、控訴人会社がこれにより何らかの経済的利益を得る余地があるとみられる事実があるときは、控訴人会社はまさに自らコントロール可能な行為により侵害の結果を招いている者として、その責任を問われるべきことは当然であり、控訴人会社を侵害の主体と認めることができるというべきである。」

3.1.2.3. 行為主体の判断基準について

仮処分では行為主体性を判断する基準として、①Yの行為の内容・性質、②利用者のする送信可能化状態に対するYの管理・支配の程度、③本件行為によって生ずるYの利益の状況等を総合斟酌して判断すべき、とされている。②及び③において管理性と利益性を考慮すべきとしていることから、この判断枠組みはクラブ・キャッツアイ事件において示されたカラオケ法理を踏まえたものであると考えられる。なお、①から③の3要素を中心として行為主体を判断すべきとの考えは控訴審まで変化していない。

本件で示された判断枠組みは、カラオケ法理の影響を受けたものであるが、①Yの行為の内容・性質、という考慮要素がカラオケ法理の2要件に追加されている。この点について、仮処分では「本件サービスは、送信者が、市販のレコードを複製したファイルが大多数を占めているMP3ファイルを、送信可能状態にするためのサービスという性質を有する。」と示し。中間判決においても「本件サービスは、MP3ファイルの交換に係る部分については、利用者をして、市販のレコードを複製したMP3ファイルを自動公衆送信及び送信可能化させるためのサービスという性質を有する。」とし、同じ趣旨の判断を下している。仮処分や中間判決のように、Yがどのような考えで本件サービスを提供しているのか、という主観的な意図にまで言及していることに踏み込んで判断することが疑問視されている²³

²³平嶋竜太「判批」判時1797号201頁(2002)(仮処分)、斉藤博「判批」知財管理53巻

が、①Yの行為の内容・性質は、ファイル送信者の著作権侵害が判断されていることと関連があると考えられる。このことは、①について控訴審が示すところに表れている。控訴審では、Yのサービスについて、「その性質上、具体的かつ現実的な蓋然性をもって特定の類型の違法な著作権侵害行為を惹起するものであり、控訴人会社がそのことを予想しつつ本件サービスを提供して、そのような侵害行為を誘発」すると認定している。したがって、①Yの行為の内容・性質という考慮要素が含まれている本件の判断枠組みは、直接の侵害行為を前提としてYらの侵害を認めようとするものであると考えられる²⁴。

物理的に著作物利用行為を行っていない、利用行為に間接的に関与している者を直接利用者と同視する場合には、間接関係者の直接利用に対する管理性が大きな問題となる。したがって、本件の②利用者のする送信可能化状態に対するYの管理・支配の程度が行為主体の判断において重要になる。

管理性については、仮処分と中間判決において具体的な検討が行われている。列挙されている認定された事実が仮処分と中間判決では少々異なるが、ファイルの交換にはYらの提供するクライアントソフトが必要であること、ファイルの交換のためにはYらの提供する検索機能が必要不可欠であることからYのサーバがファイル交換に必要であること、受信が可能な電子ファイルは送信者の共有フォルダに蔵置されているもののみでそれらのファイルには交換のためにYがファイル名を付けさせていること、ファイル交換はYがクライアントソフトを提供しているサイトの説明に従って行われていること、と要約することができ、おおむね同じ事実を挙げている。

3.1.2.4. 検討

ファイルの交換にYのクライアントソフトが必要であること等の認定された事実が管理性を充足するに足りるか否かが問題となるが、平嶋氏はファイルの情報を取得するためにYサーバが必要なこと以外は、管理の性質が薄いと評価している²⁵。ファイル交換にクライアントソフトが必要なことについては、インターネットのサービスを利用する際に専用ソフトが必要なことは一般的であり、そのことから、管理性を肯定する根拠にはなりくいとす。また、受信可能なファイルが送信者の共有フォルダにあるものに限られること、ファイル交換がYのサイトの説明に従って行われていることについては、共有フォルダに置くファイルについて何らかの条件を課している場合は別にして、どのようなファイルを共有ファイルに蔵置するのかは利用者の自由意思に任されていることから、管理性を否定する根拠にはなり得ても肯定する根拠にはなり得ないとする²⁶。一方で、牧野氏は、システムの提供者が著作物利用行為をやめさせることができる場合に管理・支配の帰属を認めること

4号596頁(2003)(仮処分)

²⁴前掲注3) 奥邨・12頁、上野達弘「判批」CIPICジャーナル134号9頁(2003)(中間判決)

²⁵前掲注23) 平嶋・202頁

²⁶前掲注23) 平嶋・202頁

は、クラブ・キャッツアイ事件の判断枠組みの範囲内である²⁷とする。

しかし、ファイルの検索機能は本件サービスに特有のものであるが、それ以外の認定された事実については著作物利用を可能にするシステム一般に認められるものである²⁸ことから、管理性の認定がクラブ・キャッツアイ事件に比べ緩やかになっているということができるのではないだろうか。これは、本件にはクラブ・キャッツアイ事件における店と客のような人的な関係が存在しないにも関わらず、管理性を認定したことによるものである²⁹と考えられる。人的な関係を必要とすることによって、間接関与者を直接利用者と同視できる程度に、間接関与者の管理が及んでいると判断するのが元来のクラブ・キャッツアイ事件における管理要件であると考えられるが、人的な関係という制限が外され、本件のようなシステムの提供一般にみられる事実をもって管理性を認定することによって、著作物利用を可能にするサービスの多くが容易に管理性を満たすことになる。本件は、①Yの行為の内容・性質が追加されたことによってサービス利用者の直接侵害を前提として判断がなされたが、そのような前提を踏まえないまま、本件の判断枠組みが採用されたときに、このことが問題となるだろう。

3.1.3. 変化したカラオケ法理の採用[録画ネット事件]（東京地決平成 16 年 10 月 7 日判タ 1187 号 335 頁[録画ネット事件仮処分]、東京地決平成 17 年 5 月 31 日平 16（モ）15793 号[同事件異議]、知財高決平成 17 年 11 月 15 日平 17(ラ)1007 号[同事件抗告審]）

本件は、海外でも日本のテレビ番組の視聴を可能にするサービスが問題となった事件である。本件では主にカラオケ法理の考え方に沿って行為主体が判断されているが、抗告決定における管理性の認定においてファイルログ事件の影響がみられる。ここでは、ファイルログ事件とは異なりサービス利用者の侵害を前提とせず、サービス提供者の行為の内容・性質というファイルログ事件で採用された考慮要素を行為主体判断の際に用いることの問題について検討を行う。

3.1.3.1. 事案の概要

この事件は、放送事業者である日本放送協会（以下、X）が日本のテレビ番組を海外でも視聴可能にするサービス「録画ネット」を提供していた有限会社エフエービジョン（以下、Y）に対し、Xの放送に係る音又は映像の録音、録画の差止めを求めたものである。本件において問題になった録画ネットのサービス内容は次のようなものである。

Yは一定の台数のテレビチューナー付きパソコンを調達した上で、その都度利用者をYのサイトで募集している。このパソコンを購入することにより、録画ネットサービスのユー

²⁷牧野利秋「判批」NBL750号26頁（2002）（仮処分）

²⁸岡村久道「判批」著作権判例百選第4版193頁（2009）（控訴審）

²⁹奥村氏は、管理の対象が人から、行為へ、田村氏は人からシステムへ変化したと指摘している。（前掲注3）奥邨・12頁、前掲注1）田村・43頁）

ザとなる。Yはこのテレビチューナー付きパソコンをYの事務所内にまとめて設置し、テレビ番組の受信や録画、録画されたテレビ番組を転送できるように環境を整える。ユーザは自身のパソコンを操作し、インターネットを通じて割り当てられたテレビチューナー付きパソコンにテレビ番組の録画や録画されたテレビ番組の転送を指示する。ユーザが割り当てられたパソコンにアクセスするためには、Yのサイトで認証を受ける必要がある。主な争点として、サービスにおけるテレビ番組の複製主体が問題となった。Xの差止めの仮処分申立が認められたが、Yが異議申し立てを行った。地裁でもYの申し立てを認める決定がなされたが、Xはこれに対し抗告した。

3.1.3.2. 決定主旨

仮処分

「本件において、著作物の複製の主体を評価、認定するに当たっては、……本件サービスにおける複製にかかる債務者の管理・支配の程度と利用者の管理・支配の程度などを比較衡量した上で、複製行為の主体を認定すべきである。」

Yの管理・支配について、「(ア)本件サービスにおいては、上記のとおり、多くの機器類をネットワーク回線等によって接続した一つのシステムが構成されており、それらはすべて債務者が調達、設定し、管理している。(イ)機器類の中で、各テレビパソコンの所有権は、確かに各利用者に帰属しているが、販売するテレビパソコンは債務者が選定、調達したものであり、販売後の設置場所も債務者の事務所に限られる。さらに、債務者は録画予約等のためのソフトウェアをインストールするほか、各種のデータを記録し、保守管理を行うなどして、利用者が本件サービスを継続する限り、これを管理・支配下に置いている。(ウ)実際の録画の過程という側面からみても、現実の複製に当たって利用者が行う行為は、上記ソフトウェアの動作に従った録画予約の指定のみであり、その後の録画は、上記のとおり債務者が構築し、管理するシステムによって自動的になされている。さらに、本件サービスにおいては、本件サイトを經由してのみ録画予約が可能になっており、債務者の管理・支配の程度がより強くなっている。この点は、債務者が主張するとおり、本件サービスの本質的な要素ではないとみることもできるが、仮にこれを除外しても、録画の過程が債務者により規定されていることに変わりはない。」

サービス利用者の管理・支配について、「(ア)利用者は、テレビパソコンを購入し、その所有権を有しているとはいえ、そもそも、債務者が調達、販売する以外のテレビパソコンを購入して本件サービスに加入することはできず、テレビパソコンの設置場所も債務者の事務所に限られている。(イ)さらに、テレビパソコンについて利用者ができる操作は、上記ソフトウェアを通じたもののみであり、それ以外の用途に利用することも、それ以外の方法でハードディスクのデータにアクセスすることもできない。テレビパソコンの返還を受けることはできるが、それは本件サービスを解約した場合のことであるから、本件サービスにおいて、利用者がテレビパソコンを管理・支配する程度は、極めて弱いといわざるを得

ない。(ウ)実際の録画の過程についても、上記イ(ウ)のとおり、利用者の行為は限られたものである。」

上記の比較衡量から、「本作サービスにおける複製は、債務者の強い管理・支配下において行われており、利用者が管理・支配する程度は極めて弱いものである……以上によれば、本作サービスにおいて、複製の主体は債務者であると評価すべきである。」

抗告審

「①本件サービスは、抗告人自身が本件サイトにおいて宣伝しているとおり、海外に居住する利用者を対象に、日本の放送番組をその複製物によって視聴させることのみを目的としたサービスである、②本件サービスにおいては、抗告人事務所内に抗告人が設置したテレビパソコン、テレビアンテナ、ブースター、分配機、本件サーバー、ルーター、監視サーバー等多くの機器類並びにソフトウェアが、有機的に結合して1つの本件録画システムを構成しており、これらの機器類及びソフトウェアはすべて抗告人が調達した抗告人の所有物であって、抗告人は、上記システムが常時作動するように監視し、これを一体として管理している、③本件サービスで録画可能な放送は、抗告人が設定した範囲内の放送（抗告人事務所の所在する千葉県松戸市で受信されたアナログ地上波放送）に限定されている、④利用者は、本件サービスを利用する場合、手元にあるパソコンから、抗告人が運営する本件サイトにアクセスし、そこで認証を受けなければ、割り当てられたテレビパソコンにアクセスすることができず、アクセスした後も、本件サイト上で指示説明された手順に従って、番組の録画や録画データのダウンロードを行うものであり、抗告人は、利用者からの問い合わせに対し個別に回答するなどのサポートを行っている、というのである。これらの事情によれば、抗告人が相手方の放送に係る本件放送についての複製行為を管理していることは明らかである。

また、抗告人は、本件サイトにおいて、本件サービスが、海外に居住する利用者を対象に日本の放送番組をその複製物によって視聴させることを目的としたサービスであることを宣伝し、利用者をして本件サービスを利用させて、毎月の保守費用の名目で利益を得ているものである。

上記各事情を総合すれば、抗告人が相手方の放送に係る本件放送についての複製行為を行っているものというべきであり、抗告人の上記複製行為は、相手方が本件放送に係る音又は映像について有する著作隣接権としての複製権（著作権法98条）を侵害するものである。」

3.1.3.3. 行為主体の判断基準について

本件の仮処分では、利益性について考慮していいないものの、管理・支配の程度を考慮していることから、カラオケ法理の考え方に沿って複製主体を判断していると考えられる³⁰。

³⁰中平氏は、利用者とYの管理・支配の程度が比較衡量されている点で特徴的であるとする。

一方で、抗告審では、管理性と利益性の両方から行為主体が判断されている。また、仮処分とは異なり、サービスの利用者と Y の管理・支配の程度について比較衡量が行われていない。

Y の管理性を認めた抗告審の判断からは、ファイルログ事件の影響がうかがえる。ファイルログ事件では行為主体を判断する枠組みとして、①サービス提供会社の行為の内容・性質、②利用者のする送信可能化状態に対する Y の管理・支配の程度、③サービス提供会社の行為によって生ずるサービス提供会社の利益の状況の 3 つが示され、本件抗告審においてサービス提供会社の管理性を認めている理由の一つに、「本件サービスは、原告人自身が本件サイトにおいて宣伝しているとおり、海外に居住する利用者を対象に、日本の放送番組をその複製物によって視聴させることのみを目的としたサービスである」が挙げられている。これは、ファイルログ事件で示された判断基準の①に当たると考えられる。

3.1.3.4. 検討

本件の抗告審ではファイルログ事件とは異なり、サービス提供者の行為の内容・性質を独立した判断基準としておらず、Y の管理性を認める理由の一つに挙げられている。本件におけるサービスの内容・性質についての判断では、「本件サービスは、……日本の放送番組をその複製物によって視聴させることのみを目的としたサービスである」（下線は筆者によるもの）と、管理性を認める理由を示す段階で、サービスの目的を決定してしまっている。奥邨氏は、この「させる」という語から、隠された主語はサービス提供者であり、サービス利用主体を認定するその前に利用主体をサービス提供者であるという結論が先取りさせていると批判する³¹。

ファイルログ事件において、①サービス提供会社の行為の内容・性質という判断要素が示されたのは、サービスの利用者の侵害を前提としてサービス提供者の侵害を認めるために用いられたものである。したがって、本件のような行為主体の判断如何によって適法か違法かが左右される場合に、サービスの内容・性質を判断してしまうと行為主体について結論を先取りする恐れがある。

また、管理性を判断する考慮要素としてサービスの内容・性質を採用すること自体にも問題があるだろう。カラオケ法理の管理の対象は著作物利用行為そのものであり、その対象を機器やシステムに拡大するとしても、それは機器・システムの内部で利用行為が行われているからである。しかし、サービスの内容・性質といったようなサービス提供者の目的・意図は著作物利用行為に直接かかわるものではない。これらの理由から、サービスの内容・性質は、行為主体の判断要素としても、管理性の考慮要素としても採用すべきでない。

(中平健「判批」判タ 1215 号 202 頁 (2006)) また、東海林氏も比較衡量という手法に注目している。(東海林保「最近の著作権裁判例について」コピライト 526 号 11 頁 (2007))
³¹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ビュー 6 巻 49 頁 (2007)

いと考える。

3.1.4. 管理・支配性を満たすとされる行為の外延[選撮見録事件] (大阪地判平成 17 年 10 月 24 日判時 1911 号 65 頁[選撮見録事件第一審]、大阪高判平成 19 年 6 月 14 日判時 1991 号 122 頁[同控訴審])

本件は、集合住宅向けのハードディスクビデオレコーダーが問題となった事件である。本件では、侵害主体の判断方法としてカラオケ法理が採用されているが、第一審と控訴審において行為主体と判断されている者が異なる。これは、第一審と控訴審で同様の事実に対する評価が大きく異なったことによるものである。結論の先取りになるが、本件はクラブ・キャッツアイ事件以降カラオケ法理が適用される場面が拡大されてきた結果、カラオケ法理によって著作物の利用を可能にする機器の提供者を侵害主体とすることのできる限界を示した事例の一つであると考えられる。本件では、間接侵害が問題になった事例の中でも、直接的な著作物利用行為からより離れた行為を、サービス提供者に対して管理性を認める理由としたものであると考えられる。

3.1.4.1. 事案の概要

本件は、集合住宅向けのハードディスクビデオレコーダーシステム「選撮見録」の販売を行っていた株式会社クロムサイズ（以下、Y）に対して、テレビ放送事業者ら 5 社（以下、X）が Y 商品の使用等及び販売の差止め並びに廃棄を求めたものである。主な争点として Y 商品を利用したテレビ番組の録画の主体が問題となった。問題となった Y 商品の概要は次のようなものであるが、Y 商品の構成は争点の一つであるため、第一審及び控訴審において認定された事実に基づく。

Y 商品は、テレビ放送受信用チューナーと放送番組録画用ハードディスクを備えたサーバー並びに各利用者用のビューワー及びこれ进行操作するコントローラーからなる。

サーバーは、集合住宅の管理人室等の共用部分に設置されて多数のビューワーに接続され、また、チューナー部がテレビ放送受信用アンテナに接続される構造となっている。各使用者用のビューワー及びそのコントローラーは、集合住宅の居室に各戸 1 台ずつ設置される。Y 商品は、そのサーバーに、テレビ放送から、あらかじめ選定され設定された最大 5 局分の番組を、同時に、1 週間分録画することができる。録画された番組は、1 週間経過後に自動的に消去される。

録画は、ビューワーからの録画予約指示によって自動的にされる。録画予約モードには、「個別予約モード」と「全局予約モード」があり、各利用者が各ビューワーごとに設定することができる。個別予約モードは、各利用者がビューワーを用いて、録画する番組を個別に予約するものであり、全局予約モードは、1 週間分 5 局分の番組すべてを録画するように予約するものである。サーバーに接続された複数のビューワーから、同一の番組について複数の録画予約がされていても、1 つの放送番組は、1 サーバーにおいては、1 か所にし

か録画されない。

録画された放送番組の再生は、ビューワーからの再生指示によって自動的にされる。各利用者が、ビューワーを用いて、既に録画予約の指示をしてある番組の中から再生の指示をすると、録画してある番組を視聴することができる。ビューワーの録画予約モードが個別予約モードに設定されている場合には、そのビューワーから録画予約の指示をしていなかった番組については、仮にサーバーにおいてその番組の録画をしていても、そのビューワーで番組の視聴をすることはできない。

3.1.4.2. 判旨

第一審

侵害主体について、「一般に、放送に係る音及び影像を複製し、あるいは放送を送信可能化する主体とは、実際に複製行為をし、あるいは実際に送信可能化行為をする者である。そして、被告は、被告商品を販売するとしても、直接には、複製行為や送信可能化行為をするわけではない。しかしながら、直接には、複製行為あるいは送信可能化行為をしない者であっても、現実の複製行為あるいは送信可能化行為の過程を管理・支配し、かつ、これによって利益を受けている者がいる場合には、その者も、著作権法による規律の観点からは、複製行為ないし送信可能化行為を直接に行う者と同視することができ、その結果、その者も、複製行為ないし送信可能化行為の主体となるということができると解するのが相当である。」

「被告商品の設置者（集合住宅が賃貸住宅である場合には集合住宅全体の所有者、集合住宅が区分所有に係るものである場合には、管理組合ないし管理組合法人）の立場について検討すると、以下の点からみて、設置者は、本件商品による複製行為あるいは送信可能化行為の過程を管理・支配し、かつ、これによって利益を受けているということが出来る。

ア 上記設置者は、その出捐において被告商品を集合住宅に導入し、又は導入した建築業者等から買い取って所有権を取得している。したがって、被告商品導入による負担や損失は設置者に帰属する。

イ……被告商品導入後は、被告による保守業務がされることが予定されているが、その保守業務を被告に委託するのは、設置者であることが認められる。

ウ……被告商品は、サーバーにおいて複製ないし送信可能化が行われ、そのサーバーは集合住宅中の共用部分に設置され、被告との保守業務委託契約では、その個所は施錠され、各居室の入居者は排除されている。なお、同契約では、鍵の管理は被告が受託するが、設置者が合鍵を持ってない趣旨とは認められないから、設置者が当該箇所から排除されているとは認められない。

エ 被告商品が受信するテレビ放送のチャンネルは、設置者が決定する。

オ 設置者にとって、集合住宅が賃貸住宅である場合には、被告商品を導入し、各居室の入居者に録画させることは、テレビ番組の視聴を好む者にとっての住宅の魅力を高め、

賃借人の募集が容易になることになるから、これより利益を受けることになる。集合住宅が区分所有に係るものである場合には、管理組合の構成員である各居室の所有者が、自ら居室に居住していれば直接に、他人に賃貸等している場合は賃借人の募集が容易になることによる利益を受け、結局組合全体として利益を受けることになる。

カ 被告商品においては、ビューワーから録画指示がされると、放送番組がサーバーのハードディスクに録画され、その結果、放送に係る音及び映像が複製され、放送が送信可能化される。ビューワーからの録画指示モードには、「個別予約モード」と「全局予約モード」があるが、これらを比較したとき、「個別予約モード」を選択することには何の利点も存在せず、……被告商品の利用者（各居室の入居者）は、通常、常時「全局予約モード」を選択して使用するもの、逆にいえば、各居室の入居者は、どの番組を録画するかということを一々選択しないものと認められる。したがって、各居室の入居者からの、各録画に対する関与は乏しい。

キ ……各居室の入居者向けの被告商品の取扱説明書には、複製ないし送信可能化が行われているサーバーの仕組みについての説明が乏しいことが認められる。したがって、各居室の入居者は、被告商品の使用と放送の著作隣接権の関係を十分理解しないで使用することになる可能性が高い。」

「設置者が複製行為ないし送信可能化行為の主体であるとしても、他に同行為の主体が存在し得ないというのではなく、被告も共同で、又は重疊的に同行為の主体となっている可能性もあるので、この点について検討する。」

「過去に被告が販売しようとした「選撮見録」については、①その設置者と被告との間で、保守業務委託契約が締結されることが想定されていたこと、②従来、保守業務の対価は、導入先によって異なるが、月額で、1戸当たり1200円ないし1600円程度、1サーバー当たりになると3万円ないし4万円程度（いずれも消費税別）とされていたこと、③保守業務にあたっては、固定グローバルIPアドレスを取得して被告商品のサーバーをインターネットに接続し、被告において、インターネットを介してリモートコントロールで作業することもあったとされていたこと、④保守業務委託契約では、サーバーの設置場所を施錠すること及びその鍵の管理を被告が受託することとしていたこと、⑤保守業務委託契約では、被告商品の設置者が、被告の確認なく被告商品の移設や改造を行ったときには、契約が解消されるとされていたこと、が認められる。……⑥マンション「グレンパーク初台」には、被告が開発して販売した商品が設置され、被告においてその保守業務をしているところ、同商品は、当初は画面上「ウィークリーネビオ」と表示されていたが、被告がサーバーないし部品を変更したことによって「選撮見録」との画面表示がされるようになっていて、⑦被告従業員は、上記マンションの入居者から強く要求された際に過去の番組を録画したVHSビデオテープを提供したことがあること、⑧グレンパーク初台の賃貸人であるエイブル保証株式会社（以下「エイブル保証」という。）は、「選撮見録」が同マンションの管理人室に設置されており、選撮見録サーバーを管理しているのは被告であ

って、エイブル保証は入居者からのメンテナンス及び故障等の問い合わせは被告と入居者との間で行われており、エイブル保証は、毎月のランニング費用を入居者から集金して被告に送金していると認識していることが認められる。

被告は、被告商品を設置者等に販売するとともに、保守契約を締結し、自らが各居室の入居者に対する窓口となって、インターネットを介するリモートコントロールとサーバーの保管場所の鍵の管理によって、被告商品を管理して運営の円滑化に努め、これによって被告商品の販売代金と毎月必要な維持管理をする費用（ランニング費用）を得ているという、録画代行サービスの一種を被告商品の設置者と共同で行っているように見えないこともない。

しかし、……①（保守契約の締結）、②（保守業務の対価）が通常の電気機器の保守を超えているものとも直ちにはいいがたく、同⑤（移設や改造による無保証）についても、電気機器である被告商品を、他者が不必要に操作したり、改造したりするようでは、被告として十分な動作保証を行うことはできないことから定められたもののようにも思われ、同④（施錠と鍵の保管）は、これに加え、夜間や休日等に、設置者側の立ち会いがなくとも、被告が保守作業を行うことを可能にするという意味とも解され、同(イ)⑧は、被告商品ではないうえ、設置者ではなく賃貸人にすぎないエイブル保証の誤解と理解できないこともなく、これをもって、被告が被告商品について、電気機器に通常みられる保守を超えた運用管理を行っている証左とまですることはできない。」

「被告は、被告商品を販売することにより、利益を受けることとなる。しかし、本来は自動的に運用可能な商品であるとすれば、被告としては、被告商品が販売された後、実際に使用されようとされまいと、利益状況には変わりがないことになるから、被告商品の販売により被告が受ける利益は、被告商品によって録画行為が行われることにより被告が受ける利益ということとはできない。」

「以上の事実からすれば、被告の、被告商品による録画行為に対する管理・支配の程度が強いということとはできず、その受けている利益（保守業務の対価）も高いかどうか明確なものでもないため、……録画の主体として被告商品により録画しているというためには、これを認めるに足りる証拠がないというべきである。」

第一審では侵害主体は設置者であり、Yは録画の主体ではないと判断した。また、法 112 条 1 項による差止めを否定したが、法 112 条 1 項の類推適用により X の差止請求を認めた。

「本件においては、①被告商品の販売は、これが行われることによって、その後、ほぼ必然的に原告らの著作隣接権の侵害が生じ、これを回避することが、裁判等によりその侵害行為を直接差し止めることを除けば、社会通念上不可能であり、②裁判等によりその侵害行為を直接差し止めようとしても、侵害が行われようとしている場所や相手方を知ることが非常に困難なため、完全な侵害の排除及び予防は事実上難しく、③他方、被告において被告商品の販売を止めることは、実現が容易であり、④差止めによる不利益は、被告が被告商品の販売利益を失うことに止まるが、被告商品の使用は原告らの放送事業者の複製

権及び送信可能化権の侵害を伴うものであるから、その販売は保護すべき利益に乏しい。

このような場合には、侵害行為の差止め請求との関係では、被告商品の販売行為を直接の侵害行為と同視し、その行為者を「著作隣接権を侵害する者又は侵害するおそれのある者」と同視することができるから、著作権法112条1項を類推して、その者に対し、その行為の差止めを求めることができるものと解するのが相当である。」

さらに、Y商品を利用した録画が私的使用のための複製に該当するか否かを検討している。「被告商品の使用時において、放送に係る音及び影像を複製する主体は、被告商品の設置者であるというべきである。これに対し、複製された放送に係る音及び影像の利用者は、ビューワーが設置された居室に居住する集合住宅の入居者であるから、複製の主体と利用者が異なることになる。したがって、著作権法102条1項により準用される同法30条1項本文の、私的使用のための複製の抗弁は、理由がない。また、その点にかかわらず、被告商品は、複製の機能が自動化されている機器であるから、著作権法30条1項1号にいう自動複製機器であるということができる。」

控訴審

争点の一つとして、選撮見録を利用したテレビ番組の録画が、法30条1項私的複製のための複製に該当するか否かについて判断している。

「控訴人商品におけるサーバーのハードディスクへの録音・録画が、著作権等の対象である「情報」の「複製」（法2条1項15号にいう「録音・録画…による有形的な再製」）に当たるとは明らかである。

(2) 一般に、放送番組に係る音及び影像を複製し、あるいは放送番組を公衆送信・送信可能化する主体とは、……控訴人商品における複製（録画）や公衆送信・送信可能化自体はサーバーに組み込まれたプログラムが自動的に実行するものではあるが、これらはいずれも使用者からの指示信号に基づいて機能するものであるから、指示信号を発して実際に複製行為をし、公衆送信・送信可能化行為をする者を指すところ、各使用者、即ち各居室の入居者は、少なくとも、複製行為、公衆送信・送信可能化行為主体ということができる。

そして、控訴人商品は、いわゆるマンション等集合住宅入居者用のものであって、多数のユーザーの使用を前提としているところ、当該予約指示に基づいて作成される放送番組に係るファイルは、常に単一のファイルであり、同一のファイルがその後の予約指示をした入居者に使用されることになり、最初の予約指示をした者は、自己の個人的又は家庭内等の範囲内の使用とならないから、法30条1項の目的以外の目的のために使用したこととなり、その後の予約指示をして使用する者は、自分で複製をした者には当たらず、いずれも法30条1項柱書、102条1項の適用外の者となる。

……(3) 以上のとおりであるから、……控訴人商品による放送番組の複製は、法30条1項、102条1項の私的利用に該当せず、違法であることに変わりはない。」

侵害主体について、「一般に、放送番組に係る音及び影像を複製し、あるいは放送番組を

公衆送信・送信可能化する主体とは、実際に複製行為をし、公衆送信・送信可能化行為をする者を指すところ、前記認定事実によれば、控訴人商品における複製（録画）や公衆送信・送信可能化自体は、サーバーに組み込まれたプログラムが自動的に実行するものではあるが、これらはいずれも使用者からの指示信号に基づいて機能するものであるから、上記指示信号を発する入居者が実際に複製行為、公衆送信・送信可能化行為をするものであり、したがって、少なくとも、その主体はいずれも、現実にコントローラーを操作する各居室の入居者ということができる。

しかし、現実の複製、公衆送信・送信可能化行為をしない者であっても、その過程を管理・支配し、かつ、これによって利益を受けている等の場合には、その者も、複製行為、公衆送信・送信可能化行為を直接に行う者と同視することができ、その結果、複製行為、公衆送信・送信可能化行為の主体と評価し得るものと解される。」

「控訴人商品が、……予約指示に基づく録画によって作成される単一のファイルを他の使用者も使用する構成になっている以上、これを集合住宅向けハードディスクビデオレコーダーシステムとしての本来の用途に用いる場合には、被控訴人らの複製権等を侵害せざるを得ないし、また、控訴人商品を上記本来の用途に用いる以外には、社会通念上、経済的、商業的ないしは実用的であると認められるような他の用途が全く考えられず、控訴人においても、その使用者がそのような用途に用いることを前提としてこれを製造・販売し、あるいは後記のようにこれを維持・管理しているものであることは明らかである。

「選撮見録」を含む控訴人開発の録画機器は、現時点においても、控訴人による外部からのリモートコントロールを要するものであり、「選撮見録」販売後も、その安定的な運用のためには、控訴人において、なお一定の保守管理を必要とするものと推認するのが相当である。……控訴人は、第三者から、「選撮見録」の録画機器としての実用性を維持するために必要と考えられる電子番組表（EPG）データを入手し、「選撮見録」の購入者に継続的に供給している。」

「利益の帰属について……控訴人は、控訴人商品の販売によって利益を得られるばかりでなく、その販売後も、保守業務上の収入のほか、控訴人商品の使用者に複製等の行為を支障なく継続させることによって、控訴人商品の声価が高まり、その後の販路拡大等に大きく寄与することは明らかである上、既販売先においても、控訴人商品の使用による機器の劣化による買替え需要も望めないではなく、継続的に利益を受けることができる。」

「以上によれば、……控訴人商品における著作権、著作隣接権の侵害は、……放送番組に係る単一のファイルを複数の入居者が使用するという控訴人商品の構成自体に由来するものであり、……自らコントロール可能な行為により侵害の結果を招いている者として、規範的な意味において、独立して著作権、著作隣接権の侵害主体となると認めるのが相当である。」

3.1.4.3. 行為主体の判断基準について

本件では、基本的に第一審と控訴審において管理・支配と利益を考慮するカラオケ法理の考え方が採用されているものの、第一審と控訴審で侵害主体と判断された者が異なる。第一審では Y 商品を設置する、集合住宅の所有者もしくは管理組合や管理法人であるとしたのに対して、控訴審では、Y 商品を使用する集合住宅の居住者と Y を録画の主体であるとした。また、第一審、控訴審ともに Y が侵害主体であると言えるか否かの検討を行っている。

Y が販売後も Y 商品の保守管理を行っていることについて、第一審では、電気機器に通常みられる運用管理を超えるものではなく、利益についても、Y の得ている利益は録画によるものではない、として Y の侵害主体性を否定した。一方で、控訴審は、Y 商品の安定的な運用のためには、販売後もリモートコントロールによって継続して Y の保守管理が必要である、とし Y の管理・支配を認め、利益についても、保守業務等により継続的に利益を得ていると判断した。このように第一審と控訴審では Y の機器に対する保守管理というほぼ同様の事実に対して異なる評価を下している。控訴審では管理性と利益性について結論が大きく異なったが、Y の管理性や利益性を認めるために挙げられているものは機器に対する保守管理であり、第一審とは異なる新たな理由が付け加えられているわけではない。

3.1.4.4. 検討

本件の行為主体に関する判断について上野氏は、第一審において、Y の侵害主体性を否定した考慮要素について、微妙な判断を要するものも少なくなく、事実ないし評価が異なれば結論が変わることもあり得るように思える³²、としている。また、藤田氏は、本件の場合においては第一審と第二審がともに規範的行為主体論によりながらも Y の侵害主体性に対する判断が分かれていることから管理・支配、利益という考慮要素がうまく機能していない³³ことを指摘する。これらの指摘は、カラオケ法理が適用される場面が広がりすぎたことを示しているのではないだろうか。

カラオケ法理の考え方が示されたクラブ・キャッツアイ事件最高裁判決³⁴が述べる管理性要件を充足する管理の対象は著作物利用行為であり、手足論ほどではないにしろ人的な関係が必要とされていたと考えられる。その後、カラオケ法理は、ファイルログ事件³⁵で、人的な関係のない著作物利用を可能にするシステムを提供する場合にも適用された。さらに、録画ネット事件においては、著作物利用を可能にする機器の管理により、管理要件の充足が認められている。

³² 上野達弘「侵害幫助者に対する差止請求と著作権法 112 条の類推適用」知財管理 56 巻 8 号 1223 頁 (2006)

³³ 藤田晶子「判批」著作権研究 35 号 237 頁 (2008)

³⁴ 最判昭和 63 年 3 月 15 日民集 42 巻 3 号 199 頁 [クラブキャッツアイ事件上告審]

³⁵ 東京地決平成 14 年 4 月 11 日判タ 1092 号 110 頁 [ファイルログ事件仮処分]、東京地判平成 15 年 1 月 29 日平 14 (ワ) 4249 号 [ファイルログ事件中間判決]、東京高判平成 17 年 3 月 31 日 [ファイルログ事件控訴審]

カラオケ法理が適用される場面が広がる中で、管理の対象は、著作物利用を可能にする機器の管理を通じた行為の管理に拡大したが、本件の控訴審では、著作物利用を可能にする機器を安定的に運用するための保守管理を管理性を認める理由としている。著作物利用を可能にする機器の管理を通じた行為の管理から見れば、本件において、機器のリモートコントロールによる保守管理というカラオケ法理の管理要件が認められたことによるカラオケ法理が適用される場面の拡大は小さなものに見えるかもしれないが、行為の管理という本来の対象から見れば、直接的な利用行為からより離れた行為であり、大幅な拡大であるといえるだろう。

カラオケ法理が適用される場面の拡大とは、つまり、管理要件の緩和であると考えられる。このことが、ほぼ同様の事実に対する第一審と控訴審の評価の差に表れているのではないだろうか。したがって本件は、Yのような著作物利用を可能にする機器の提供を行っている者に対して、カラオケ法理を適用することができる限界もしくは限界を超えた事例、機器提供者が直接行為主体とされる場合とされない場合を分ける境界線上に位置すると考えられる³⁶のではないだろうか。

3.1.5. サービス提供者の行為主体性が否定された事例

3.1.5.1. 著作物利用行為を前提としないサービス[スターデジオ事件](東京地判平成12年5月16日判タ1057号221頁)

3.1.5.1.1. 事案の概要

本件は、通信衛星放送サービス「スカイパーフェク TV」の第400チャンネルないし第499チャンネルにおいて音楽を中心としたラジオ番組「第一興商スターデジオ100」(以下、スターデジオ)を放送していた第一興商(以下、Y)に対し、日本コロムビアなどのレコード製作会社ら(以下、X)が放送の差止等と損害賠償を求めた事件である。Xは問題となった楽曲について、著作隣接権を有する。レコード製作者には放送権は認められておらず、商業用レコードの二次的使用に対する報酬請求権が認められているのみである。

スターデジオでは次のような過程を経て、商業用レコードに収録された音楽が送信され公衆に受信される。①CDをアナログ再生し、その信号をデジタル信号に変換する。②変換したデジタル信号を、コンピュータ上で、所定の規格に従い圧縮する。③圧縮されたデジタル信号を、保有サーバに収録する。保有サーバは、Yがリース会社からリースを受けて、自己の設備として管理・利用している。④各チャンネル毎に番組を編成した上、その内容をプログラムデータ形式で編成サーバに入力する。⑤編成サーバは、保有サーバにアクセスし、入力された番組編成データに従って、必要な音楽データを保有サーバから複数の送

³⁶ 田村氏は、本件をカラオケ法理の転用型であるシステム転用型(システム等を用いて大量の利用行為を誘発する行為に対してカラオケ法理を適用すること)を用いる裁判例で、今までのところ、著作物の利用行為と最も距離のある行為を直接の行為主体と認めたもの、と位置付けている。(前掲注1)田村・49頁)

出サーバに送出させる。送出サーバは、保有サーバから送られた音楽データを収録する。⑥送出サーバから送出される音楽データは、所定の処理を経て、電波に変換され、地球局アンテナから通信衛星に向けて送信される。右電波を受信した通信衛星は、これを増幅した上で、地上に送信する。⑦①から⑥のようにして地上に送信された音楽データは、各受信者が保有する受信アンテナによって受信された後、同じく各受信者が保有するデジタル受信チューナーにおいて所定の処理がされた上で、音楽としてスピーカー等から出力される。

争点の一つとして、スターデジオ受信者による音源の MD への録音に係る複製権侵害が問題となった。X は、受信者が行う音源の MD への複製について、複製の主体は Y である、と主張したことから複製の主体が争われた。

X は、複製は次の一連の行為からなるものであるとする。

「ア 既存の著作物等に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足りるものの有形的な再製により、利益を享受しようとする意思に基づき、

イ 既存の著作物等へアクセスし、

ウ アクセスした既存の著作物等の内容及び形式を知覚し、

エ 知覚された既存の著作物等の内容及び形式を記憶ないし記録し、

オ 記憶ないし記録された既存の著作物等の内容及び形式を伝達し、

カ 伝達された既存の著作物等の内容及び形式を有体物に物理的に固定する」

この前提に立ち、一連の行為のうち、イないしオの行為を行う者とカの行為を行う者と異なる場合でも、前者が後者を自己の手足として利用していると認められる場合には、前者が後者を自己の手足として利用することによって、全体として一連の「複製」行為を行っているとは実質的に評価できる、とし、本件はこの場合に当てはまると主張した。

3.1.5.1.2. 判旨

受信者が行う音源の MD への複製について、X の主張を検討しながら、Y を複製の主体と評価できるか否かの判断を行っている。

X の主張の要旨は、「著作物等を複製する行為を具体的な態様の側面から分析すると……アないしカ記載の一連の行為からなるとの前提に立った上で、右一連の行為のうち、前記イないしオの行為を行う者と前記カの行為を行う者と異なる場合であっても、前者が前記アの意思に基づいて、後者を自己の手足として利用していると認められる場合には、前者が、自ら複製行為の実質的部分を実行しながら、後者を自己の手足として利用することによって、全体として一連の「複製」行為を行っているとは実質的に評価できるというものである。

その上で、原告らは、これを被告が本件番組において本件各音源を送信しこれを受信者が MD に録音する場合に当てはめると、被告が本件各レコードを使用して本件各音源をサーバに収録する行為は前記イないしエの行為に、右サーバを使用して本件各音源を無線送

信する行為は前記オの行為にそれぞれ当たるから、被告は自ら本件各音源の複製行為の実質的な部分を実行しているものといえ、また、被告は、受信者を積極的に援助、誘引、助長等することにより、その者を自己の手足として利用して本件各音源の物理的な録音行為を行わせているといえるから、全体として一連の複製行為を自ら行っているものと実質的に評価できる旨を主張する。」

「原告らの右主張のうち、前段の一般論を述べる部分は首肯し得るものの、これを本件の場合に当てはめる点については、以下に述べるとおり、是認することができない。

原告らは、被告が本件各レコードを使用して本件各音源をサーバに収録し、さらに右サーバを使用して本件各音源を無線送信する行為が、前記イないしオの行為に当たるもので、本件各音源の複製行為の実質的部分である旨主張する。

……アないしカのような一連の行為に分析される「複製」行為のうち、その本質的な部分が、最終的に著作物等を有体物に物理的に固定する前記カの部分であることは明らかであり、これに対して、前記イないしオの部分は、それ自体を独立してみれば本来的に複製行為としての性質を持つものではなく（ただし、前記エの記録行為がそれ自体「複製」となり得る場合も考えられるが、この点はここでの論点とは別個の問題である。）、これが複製行為の一部として観念され得るのは、それが専ら前記カの有体物への固定に向けて行われるものであり、これに至る一連の段階的な経過として評価し得るからであるといえる。……他方、右送信を受信した受信者がこれを録音するに至るか否かは右受信者個々人の自由意思に係る不確定の事項なのであるから（しかも、本件においては、右送信にかかる音源の大部分が受信者によって現に録音されているという具体的な事実を認めることもできない。）、結局のところ、被告の右行為は、専ら受信者による本件各音源の録音に向けて行われるものとはいえず、これに至る一連の段階的な経過として評価し得るものではない。……したがって、被告による前記の行為が本件各音源の複製行為の実質的部分である旨の原告らの主張は失当である。」

「原告らは、被告が受信者を自己の手足として利用して、本件各音源の物理的な録音行為を行わせている旨主張する。……一般に、ある行為の直接的な行為主体でない者であっても、その者が、当該行為の直接的な行為主体を「自己の手足として利用して右行為を行わせている」と評価し得る程度に、その行為を管理・支配しているという関係が認められる場合には、その直接的な行為主体でない者を当該行為の実質的な行為主体であると法的に評価し、当該行為についての責任を負担させることも認め得るものといえることができる」

「被告が本件番組において本件各音源を送信しこれを受信者がMDに録音する場合における、被告と受信者との間の関係をみると、……受信された音源の録音に関しては何らの合意もなく、受信者が録音を行うか否かは、専ら当該受信者とその自由意思に基づいて決定し、自ら任意に録音のための機器を準備した上で行われるものであって、被告が受信者の右決定をコントロールし得るものではないことからすれば、被告が受信者を自己の手足として利用して本件各音源のMDへの録音を行わせていると評価しうる程度に、被告が受

信者による録音行為を管理・支配しているという関係が認められないことは明らかである。

そもそも、原告らの主張の趣旨は、被告と受信者との間に……管理・支配の関係がないとしても、被告が、受信者による録音を右のように積極的に誘引、助長しながら本件番組の送信を行い、その結果受信者による本件各音源の録音を招来させ、これによって自己の営業上の利益を図り、他方で原告らのレコード販売による経済的利益を害しているという事情からすれば、実質的にみて、受信者を自己の手足として利用して本件各音源の録音を行わせていると評価できる、というところにあると思われる。しかしながら、原告らが指摘する右のような事情は、本件番組のサービスの実情に照らし、商業用レコードの利用をめぐる原告らと被告との間に実質的な利益の不均衡が生じていることを示すものとして理解し得るとしても、そのことによって、被告が受信者を自己の手足として利用しているとして、録音の直接的な行為主体ではない被告をその行為主体であると擬制するという結論を導き出す原告らの立論には、論理の飛躍があるというべきであり、法理論的な裏付けを欠く主張というほかはない。したがって、被告が受信者を自己の手足として利用して、本件各音源の物理的な録音行為を行わせている旨の原告らの主張も理由がない。

以上によれば、……被告が原告らの本件各レコードについての複製権を侵害していることを認めることはできない。」その後、XとYは、東京高裁による和解勧告を受け、和解が成立している³⁷。

3.1.5.1.3. 行為主体の判断基準について

本件においてXは、スターデジオの受信者を「自己の手足として利用」していることから、Yが複製の行為主体であると主張している。「手足」という文言から、Xの主張はいわゆる手足論によるものに見えるが、判旨ではXの主張を「そもそも、原告らの主張の趣旨は、……被告が、受信者による録音を……積極的に誘引、助長し……その結果受信者による本件各音源の録音を招来させ、これによって自己の営業上の利益を図り、他方で原告らのレコード販売による経済的利益を害しているという事情からすれば、実質的にみて、受信者を自己の手足として利用して本件各音源の録音を行わせていると評価できる」とサービス利用者をYが自己の道具や手足のように利用していることに基づいて行っているものではないと解している。さらに、サービス利用者に対するYの行為も「積極的に誘引、助長」としていることから、Xの主張は手足論よりもカラオケ法理に近い³⁸のものであると考え

³⁷ 放送される各楽曲の開始時刻と終了時刻を事前告知しないこと、新譜シングルは発売日の翌日から4日間、新譜アルバムは発売日の翌日から10日間は使用しないことなどが合意された。(作花文雄「判批」著作権判例百選第4版89頁(2009))

³⁸ 吉田克己「著作権の「間接侵害」と差止請求」知的財産法政策学研究14号168頁(2007) また、上野氏は、手足論とカラオケ法理について、カラオケ法理は手足論で求められているほどの管理・支配関係がない場合に、営業上の利益という他の要素と組み合わせて行為主体性を評価するもの、であると整理している(上野達弘「いわゆる「カラオケ法理」の再検討」谷谷暢男教授古稀記念『知的財産権法と競争法の現代的展開』785頁(発明協会、2006))

られる。

Xの主張が退けられたのは、Yの行為がスターデジオ受信者の複製のために行われた行為ではなかったことによるものである。たとえスターデジオを受信したとしても放送されている楽曲を複製するか否かは受信者の自由であり、Yがスターデジオを放送したからといって、受信者により複製されるか否かは不確かである。このサービスを利用される際に、問題とされた著作物利用が行われることが不確かであることが、本件と他の著作物利用を可能にする機器・システムの提供が問題となった事例と大きく異なる点である。

3.1.5.1.4. 検討

前述の著作物利用主体が問題となった他の事例では、サービスが利用される時点でサービス利用者による著作物利用が行われることは確実だった。ファイルログ事件ではアップロードとダウンロードが行われ、選撮見録事件と録画ネット事件においてはテレビ番組の録画がサービスの一環として行われる。一方で、本件においてYのサービスの範疇にスターデジオ受信者による録音は含まれない。スターデジオを録音せずとも楽曲を聞くことができ、受信者がスターデジオを利用する上で音楽の録音は必須の行動ではないからである。

このように本件において楽曲の複製はサービスに組み込まれていないが、他の事例において著作物利用はサービスに組み込まれている。このことが、著作物利用を可能にする機器・システムの提供が問題になる場合において、機器・システムの提供者に行為主体性が認められるか否かの判断を分ける一つの要素として機能すると考えられる。

3.1.5.2. サービスの様態が似通った事例間の比較[まねき TV 事件仮処分から控訴審、録画ネット事件、ロクラクⅡ事件第一審]

まねき TV 事件について（東京地決平成 18 年 8 月 4 日判時 1945 号 95 頁及び判タ 1234 号 278 頁[まねき TV 事件仮処分]、知財高決平成 18 年 12 月 22 日平 18(ラ)10009 号及び 10012 号等[同抗告審]、東京地判平成 20 年 6 月 20 日平 19(ワ)5765 号[同第一審]、知財高判平成 20 年 12 月 15 日判時 2038 号 110 頁[同控訴審]）

本件は、複製を伴わないテレビ番組の転送サービスが問題になった事例である。行為主体の判断はカラオケ法理に沿った形ではなく、サービスに伴って行われる著作物利用が送信可能化又は公衆送信に該当するのか、という形で検討されている。しかし、一部の裁判において、債権者及び原告がカラオケ法理に基づくとされる主張を行っているため、本件へのカラオケ法理の適用も検討されている。

本件では、仮処分から控訴審までの一連の裁判でサービス提供者の行為主体性が一貫して否定されている。本件と同じくテレビ番組の転送が問題になった録画ネット事件及びロクラクⅡ事件では、サービス提供者が行為主体であると判断された。本件とこれらの類似するサービスが問題となった事例を比較することを通じて、まねき TV・ロクラクⅡ事件最

高裁判決以前の事例における行為主体判断のための考慮要素について検討する。

3.1.5.2.1. 事案の概要

本件は、テレビ番組を遠隔地に転送するサービスが問題となった事件である。本件サービスではソニー株式会社から販売されていた「ロケーションフリー」という、地上波アナログ放送のテレビチューナーを有し、受信したテレビ番組をインターネットを介して送信する機能を持つ機器が使用されていた。ロケーションフリーは、テレビ番組を受信し、その受信した番組を送信するベースステーションと番組を受信し視聴するための専用モニター又はパソコンから構成される。

株式会社永野商店（以下、Y）はこの機器を利用し、まねきTVサービスを提供していた。サービスの概要は次のようなものである。サービス利用者はロケーションフリーを購入し、ベースステーションをYに送る。Yは利用者ベースステーションをテレビアンテナ及びインターネットと接続する。サービス利用者は専用モニターまたはパソコンを操作し、ベースステーションに放送の送信を指示することによって、ベースステーションが設置されている地域のテレビ番組を視聴することができる。ベースステーションはあらかじめ設定された単一の端末機器等によりのみ放送を送信する。

本件サービスに対してテレビ放送局ら（以下、X）が放送事業者らの有する送信可能化権による差止めの仮処分命令を申し立てた。一審、抗告審共に申し立ては却下され、テレビ放送局らによる抗告許可申し立ても却下された。また、Yに対し、仮処分申し立ての債権者を含むテレビ放送局ら（以下、X2）が公衆送信権及び送信可能化権に基づく差止めと損害賠償を求めた。

裁判では主な争点として、本件サービスにおいてYは送信可能化、公衆送信を行っているかが問題となった。

3.1.5.2.2. 決定主旨及び判決主旨

仮処分から控訴審まで、送信可能化、公衆送信についてYの行為主体性を否定している。
仮処分

送信の主体について、「本件サービスにおいては、①それに使用される機器の中心をなし、そのままではインターネット回線に送信できない放送波を送信可能なデジタルデータにする役割を果たすベースステーションは、名実ともに利用者が所有するものであり、その余は汎用品であり、本件サービスに特有のものではなく、特別なソフトウェアも使用していないこと、②1台のベースステーションから送信される放送データを受信できるのはそれに対応する1台の専用モニター又はパソコンにすぎず、1台のベースステーションから複数の専用モニター又はパソコンに放送データが送信されることは予定されていないこと、③特定の利用者のベースステーションと他の利用者のベースステーションとは、全く無関係に稼働し、それぞれ独立しており、債務者が保管する複数のベースステーション全体が

一体のシステムとして機能しているとは評価し難いものであること、④特定の利用者が所有する1台のベースステーションからは、当該利用者の選択した放送のみが、当該利用者の専用モニター又はパソコンのみに送信されるにすぎず、この点に債務者の関与はないこと、⑤利用者によるベースステーションへのアクセスに特別な認証手順を要求するなどして、利用者による放送の視聴を管理することはしていないことに照らせば、……放送データを専用モニター又はパソコンに送信するのは、……利用者であり、……放送データを受信する者も、……本件サービスの利用者自身であるということが出来る。

そうすると、……送信は、利用者自身が自己の専用モニター又はパソコンに対して行っているとするのが相当である。」

ベースステーションの自動公衆送信装置該当性について、「本件サービスにおけるベースステーションからの放送データの送信の主体を債務者と評価することはできないから、ベースステーションによる放送データの送信は、1主体（利用者）から特定の1主体（当該利用者自身）に対してされたものである。そうすると、ベースステーションによる送信は、不特定又は特定多数の者に対するものとはいえず、これをもって「公衆」に対する送信ということとはできない。したがって、本件サービスにおける個々のベースステーションは、「自動公衆送信装置」には当たらない。」

また、Xはサービスの目的・本質、支配・管理性、図利性から実質的にYが送信可能化の主体であると主張したが、裁判ではこの点についても否定された。

「債権者は、本件サービスの本質が、海外及び放送区域外でのテレビ番組視聴ができることにある旨主張する。

しかしながら、そのことは、ソニーのロケーションフリーテレビのNetAV機能そのものであって、債権者自身、それを著作隣接権侵害とは主張していないものである。」

「債権者は、放送波の範囲が債務者によって限定されている旨主張する

……送信される放送波の範囲が限定されるのは、ベースステーションの設置場所が東京都内の債務者の事務所（データセンター）内である結果にすぎず、債務者がかかる限定について関与したとはいえない。」

「債権者は、放送波の入力やインターネット回線への接続行為が債務者の事務所で行われ、そのための機器を債務者が所有し管理している旨主張する。

……本件サービスに利用する機器のうち、中心となるベースステーションの所有権は名実ともに利用者であり、各ベースステーション同士はそれぞれ別個独立のものであって一体の機器を成すものではない。その余の分配機やケーブル類、ハブ及びルーター等の機器ないし機材は、本件サービスに特有のものではなく、一般的に利用される汎用品である。そして、本件サービスにおいては、ソニーが作成したソフトウェアがそのまま用いられ、ベースステーションから専用モニターないしパソコンへの送信につき、債務者が独自に作成したソフトウェア等が利用されることはない。」

「債権者は、債務者においてベースステーションのポート番号の変更の作業が行われ、

債務者がベースステーションを管理している旨主張する。しかしながら、ポート番号の設定作業は、同一のLAN回線上に複数のベースステーションが接続されているために、ポート番号が競合して機器の動作上不都合が生じるという事態を避けるためのものにすぎず……ベースステーションの設定作業の1つにすぎないところ、ソニーに設定作業の代行を依頼した場合にも行われる作業であると推認できる。そうすると、債務者がベースステーションのポート番号の変更作業を行っているとしても、この作業のゆえにベースステーションを債務者が管理しているとはいえない。」

「債権者は、さらに、債務者がサポート体制を採って管理している旨主張する。……これは、本件サービスの利用者がベースステーションから自己の専用モニター又はパソコンへの送信を行う上での便宜を図っているにすぎず、利用者に対する付随的なサービスと解される。なお、債務者による継続的な管理行為も、利用者の管理行為を代行しているにすぎないものと評価することができる。」

「債権者は、また、債務者が利用料の支払を受けており、それが放送波の送信の対価である旨主張する。しかしながら、……このうちに放送の送信の対価が含まれているということは困難である。」

抗告審

抗告審では原決定を引用しつつ、次のように示した。ベースステーション等の自動公衆送信装置該当性について、「抗告人は、被抗告人が本件サービスに供している多数のベースステーション、分配機、ケーブル、ハブ、ルーター等の機器は、有機的に結合されて一つのサーバと同様の機能を果たすシステムを構築しているものであり、一つのアンテナ端子からの放送波を、このようなシステムに入力して多数の利用者に対して送信しうる状態にしているから、全体としてみれば、一つの自動公衆送信装置として評価されるべきものであると主張する。

しかし、ベースステーションによって行われている送信は、個別の利用者の求めに応じて、当該利用者の所有するベースステーションから利用者があらかじめ指定したアドレス（通常は利用者自身）宛てにされているものであり、送信の実質がこのようなものである以上、本件サービスに関係する機器を一体としてみたとしても、「自動公衆送信装置」該当性の判断を左右するものではない。」

「抗告人は、被抗告人がベースステーションのポート番号の競合を避けるための設定を行っていることを認めており、ルーターにおいて「ポートフォワーディング」を用いる設定を行っているから、多数のベースステーションを統合したシステム全体を一台のコンピュータとして認識できるようにしていると主張する。

しかし、……「ポートフォワーディング」（IPマスカレード）は、一個のグローバルIPアドレスだけで複数の端末がインターネットにアクセスすることができるようにする技術であるが、各端末が「1対1」の送信を行う機能しか有しないときは、この技術を用い

たとしても、「1対1」の送信しかできないのであって、「1対多」の送信が可能になるものではない。したがって、「ポートフォワーディング」を用いる設定を行っていても、そのことから直ちにベースステーションを含む一連の機器が全体として、1台の「自動公衆送信装置」に該当することにはならない。」

送信の主体について、「原告人は、被告人が電気通信回線であるインターネット回線に接続されているベースステーションにアンテナを接続して放送波を入力していることは、著作権法2条1項9号の5イの「情報を入力すること」に当たり、また、既に放送波が入力されているベースステーションを電気通信回線であるインターネット回線に接続して、利用者が当該放送を視聴し得る状態にしていることは、同号ロに当たると主張する。

しかし、前記引用に係る原決定掲記の事実関係によれば、ベースステーションは「1対1」の送信を行う機能のみを有するものであって、「自動公衆送信装置」に該当するものではないから、被告人がベースステーションにアンテナを接続したり、ベースステーションをインターネット回線に接続したりしても、その行為が送信可能化行為に該当しないことは明らかである。」

「原告人は、被告人が「ベースステーションにアンテナを接続して放送波を入力している」とも主張する。しかし、アンテナが単独で他の機器に送信する機能を有するものではなく、受信機に接続して受信設備の一環をなすものであることは、技術常識であるから、被告人がベースステーションにアンテナを接続しても、ベースステーションへの送信を行ったことにはならない。また、分配機は、単独で他の機器に送信する機能を有するものではなく、アンテナを複数の受信機で共用するために、アンテナからの1本の給電線を分岐させて複数の給電線と接続させるとともに、それに伴う抵抗の調整を行うにすぎないことは、技術常識であるから、被告人が分配機を介してアンテナとベースステーションとを接続しても、「1対多」の送信や「有線放送」をしたことにはならない。」

第一審

送信の主体について、以下の理由から送信の主体はサービスの各利用者であり、Yは送信の主体ではないとした。「ベースステーションは、あらかじめ設定された単一のアドレスあてに送信する機能しかなく、1台のベースステーションについてみれば、「1対1」の送受信を行うものであって、「1対多」の送受信を行う機能を有しない。」

「ベースステーションの機能、その所有者が各利用者であること、本件サービスを構成するその余の機器類は汎用品であり、特別なソフトウェアは一切使用されていないことなどの各事情を総合考慮するならば、本件サービスにおいては、各利用者が、自身の所有するベースステーションにおいて本件放送を受信し、これを自身の所有するベースステーション内でデジタルデータ化した上で、自身の専用モニター又はパソコンに向けて送信し、自身の専用モニター又はパソコンでデジタルデータを受信して、本件放送を視聴しているものというのが相当である。

要するに、本件サービスにおいて、本件放送をベースステーションにおいて受信し、ベースステーションから各利用者の専用モニター又はパソコンに向けて送信している主体は、各利用者であるというべきであって、被告であるとは認められない。」

自動公衆送信装置該当性について、「本件サービスにおいて、ベースステーションによる送信行為は各利用者によってされるものであり、ベースステーションから送信されたデジタルデータの受信行為も各利用者によってされるものである。したがって、ベースステーションは、各利用者から当該利用者自身に対し送信をする機能、すなわち、「1対1」の送信をする機能を有するにすぎず、不特定又は特定多数の者に対し送信をする機能を有するものではないから、本件サービスにおいて、各ベースステーションは「自動公衆送信装置」には該当しない。」

また、X2は、Yのサービスに使用される機器に対する管理やサービスによって得ている利益という観点から、実質的には、Yが送信可能化の主体であると主張した。加えて、Yのサービスは全体として一つの自動公衆送信装置でありYはこれを管理支配していることから、Yは公衆送信の主体であると主張した。裁判では、これらの点について否定している。

「原告らは、被告が送信可能化の主体であると解すべき根拠として、被告が、①多数のベースステーションを被告の事業所内に設置した上で、②これら多数のベースステーションに電源を供給、起動して、ポート番号の変更などの必要な各種設定を行い、③テレビアンテナで受信した本件放送をこれら多数のベースステーションに供給するために、被告が調達したブースターや分配機を介した有線電気通信回線によってテレビアンテナとこれら多数のベースステーションを接続し、④被告が調達し、必要な設定を行ったルーター、LANケーブル及びハブを経由して、被告の調達した接続回線によりこれら多数のベースステーションをインターネットに接続し、かつ、⑤以上のような状態を維持管理していることを挙げる。

(ア) ①、②及び④の点について……このような行為は、一般のハウジングサービスにおいても行われ得る行為であるから、これらの点が、被告が送信可能化の主体であることを基礎付ける事情であるとは、直ちにいうことができない。なお、ポート番号の設定は、同一のLAN回線上に複数のベースステーションが接続されているために、ポート番号が競合して機器の動作上不都合が生じるという事態を避けるためのものにすぎず、ベースステーションの設定作業の一つにすぎない。

(イ) ③の点について……ベースステーションが自動公衆送信装置に該当しないことは前述のとおりであるから、ベースステーションに、ブースター及び分配機を介して、アンテナ端子を接続しても、送信可能化行為には該当しない。

また、そもそも、アンテナは単独で他の機器に送信する機能を有するものではなく、受信機に接続して受信設備の一環をなすものであること、ブースターは、電気信号を増幅する機能を有するものの、アンテナ端子からの放送波を単に供給する役割を果たすにとどまり、これ自体が単独で他の機器に送信する機能を有するものではないこと、分配機は、単

独で他の機器に送信する機能を有するものではなく、アンテナを複数の受信機で共用するために、アンテナからの1本の給電線を分岐させて複数の給電線と接続させるとともに、それに伴う抵抗の調整を行うにすぎないことは、技術常識に照らし明らかであるから、本件において、被告が、ベースステーションに、ブースター及び分配機を介して、アンテナ端子を接続しても、ベースステーションによる本件放送の受信を行うための物理的設備の提供にすぎず、ベースステーションへの送信を行ったことにはならないというべきである。よって、上記の点も、被告が送信可能化の主体であることを基礎付ける事情であるとは、直ちにいえない。」

「原告らは、本件サービスにおいて、被告事業所内のシステム全体が一つの自動公衆送信装置を構成しており、被告は、これを管理支配して自動公衆送信を行っていると主張する。

しかしながら、ベースステーションによって行われている送信は、個別の利用者の求めに応じて、当該利用者の所有するベースステーションから利用者があらかじめ指定したアドレスあてにされているものであり、このような送信の実質に照らすならば、本件サービスに係る機器を一体としてみたとしても、「自動公衆送信装置」に該当するということができない。」

控訴審

送信可能化の該当性について、「送信可能化」とは、自動公衆送信装置の使用を前提とするものであるところ、控訴人らは、本件サービスにおいて、ベースステーションが自動公衆送信装置に当たると主張する。

しかしながら、「自動公衆送信装置」とは、公衆の用に供する電気通信回線に接続することによりその記録媒体のうち自動公衆送信の用に供する部分に記録され又は当該装置に入力される情報を自動公衆送信する機能を有する装置をいうものであり（著作権法2条1項9号の5イ）、「自動公衆送信」とは、「公衆送信」、すなわち、公衆によって直接受信されることを目的として無線通信又は有線電気通信の送信を行うことのうち、公衆からの求めに応じ自動的に行うものをいうのであるから（同項7号の2、9号の4）、「自動公衆送信装置」は「公衆送信」の意義に照らして、公衆（不特定又は特定多数の者。同条5項参照）によって直接受信され得る無線通信又は有線電気通信の送信を行う機能を有する装置でなければならない。

しかるところ、……本件サービスにおいては、利用者各自につきその所有に係る1台のベースステーションが存在し、各ベースステーションは、予め設定された単一のアドレス宛てに送信する機能しか有しておらず、……各ベースステーションが行い得る送信は、当該ベースステーションから特定単一の専用モニター又はパソコンに対するもののみであり、ベースステーションはいわば「1対1」の送信を行う機能しか有していないものである。そうすると、個々のベースステーションが、不特定又は特定多数の者によって直接受信さ

れ得る無線通信又は有線電気通信の送信を行う機能を有する装置であるということとはできないから、これをもって自動公衆送信装置に当たるということとはできない」

「この点につき、控訴人らは「公衆」への送信かどうかは、サーバなどの機器から見て不特定又は特定多数の者に送信されるかどうかではなく、送信行為者から見て不特定又は特定多数の者に送信されるかどうかによって判断されるどころ、本件サービスにおいて、放送番組を利用者に送信しているのは被控訴人であり、被控訴人にとって利用者は不特定の者であって「公衆」に当たるから、ベースステーションが「1対1」の情報の伝達しか行うことができないということは、ベースステーションの自動公衆送信装置該当性を否定する根拠にならないと主張する。

しかしながら、上記のとおり、自動公衆送信装置は、公衆によって直接受信され得る送信を行う機能を有する装置でなければならず、その「公衆（不特定又は特定多数の者）によって直接受信され得る送信を行う」ことは、自動公衆送信装置の機能として必要なのであるから、不特定又は特定多数の者であるかどうかは送信行為者を基準に判断されるべきであり、かつ、仮に、本件サービスにおいて、放送番組を利用者に送信しているのが被控訴人であると仮定したとしても、個々のベースステーションを自動公衆送信装置に擬するのであれば、個々のベースステーションごとに当該ベースステーションが被控訴人にとって不特定又は特定多数の者によって直接受信され得る送信を行う機能を有するといえなければならない。そして、上記のとおり、ベースステーションからの送信は、その所有者である利用者が発する指令により、当該利用者が設置している専用モニター又はパソコンに対してのみなされるものであり、……当該利用者は、被控訴人との間で、本件サービスに関する契約を締結し、その契約の内容として、当該ベースステーションを被控訴人の事業所（データセンター）に持参又は送付した者であるから、このような者が、被控訴人にとって不特定又は特定多数の者といえないことは明らかである。

したがって、個々のベースステーションが、被控訴人にとって不特定又は特定多数の者によって直接受信され得る送信を行う機能を有するものということとはできない。」

「控訴人らは、ベースステーションを含めた被控訴人のデータセンター内のシステム全体が、一つの特定の構想に基づいて機器が集められ、それらが有機的に結合されて構築された一つの「装置」となっているから、本件システムは、被控訴人事業所内のシステム全体が一つの自動公衆送信装置を構成しているものであり、被控訴人がこれを一体として管理・支配しているものであるところ、被控訴人が、本件システムを用いて行っている送信は被控訴人に申込みを行いベースステーションを送付してくる不特定又は多数の者（利用者）に対して行われているものであるから、送信可能化行為に該当するとも主張する。

しかしながら、上記のとおり、本件サービスにおいて、利用者の専用モニター又はパソコンに対する送信は、各ベースステーションから、各利用者が発する指令により、当該利用者が設置している専用モニター又はパソコンに対してのみなされる……ものである。…本件サービスに係るデジタル放送データの送信の起点となるとともに、その送信の単一

の宛先を指定し、かつ送信データを生成する機器であるベースステーションは、本件システム全体の中において、複数のベースステーション相互間に何ら有機的な関連性や結合関係はなく……かかる意味で個々のベースステーションからの送信は独立して行われるものであるから、本来別個の機器である複数のベースステーションを一体として一つの「装置」と考える契機は全くないというべきである。

したがって、控訴人らの上記主張は、複数のベースステーションを含めて一つの「装置」と理解する前提において失当というべきである。」

3.1.5.2.3. 行為主体の判断基準について

上記一連の裁判において裁判所は、カラオケ法理の考え方に沿って送信の主体を判断しているわけではないが、一部 X や X2 がカラオケ法理に基づく主張を行っているため、これらの主張を検討する形で、本件へのカラオケ法理の適用について示している。本件の控訴審や仮処分の抗告審では、送信の主体についての判断というよりも Y サービス中におけるテレビ番組の利用が公衆送信や送信可能化に該当しない³⁹、とすることによって、X や X2 からの訴えを退けている。そのため、本件の第一審・仮処分とこれまでの著作物利用を可能にするサービスにおいて利用の主体が問題になった事例とを比較することにより、行為主体を判断するための考慮要素の考察を行う。

本件の仮処分・第一審において Y の行為主体性を否定した理由は、①ベースステーションがサービス利用者の所有であること、②サービスに特有の機器・ソフトウェアを使用していないこと、③テレビ番組の送受信が 1 対 1 であること、④複数のベースステーションは独立し一体のシステムとして機能していないこと、⑤サービス利用者の認証等、視聴の管理がなされていないこと、によるものであると考えられる。

3.1.5.2.4. 録画ネット事件⁴⁰との比較

3.1.3 において既に紹介したように、録画ネット事件は本件と同様にテレビ番組の転送が問題となった事例である。各サービス利用者には一台ずつ機器が割り当てられていることは本件と変わるものではないが、利用の様態やサービスに利用される機器などが本件と異なる。

録画ネット事件と本件の違いとして、1.サービスにおいて中心となる機器の所有者、2.専用ソフトウェアの有無、3.サービスに使用される機器類やソフトウェアによって一体のシステムを構成すると評価されるか否か、4.利用者が機器に対して指示を行う際に認証等が必要か否か、が考えられる。以上の違いをみると、まねき TV 事件において、録画ネット事件においてサービス提供業者が行為主体であるとされた理由を否定することを通じて、サー

³⁹青木大也「判批」ジュリスト 1410 号 129 頁 (2010)

⁴⁰東京地決平成 16 年 10 月 7 日判タ 1187 号 335 頁[録画ネット事件仮処分]、知財高決平成 17 年 11 月 15 日平 17(ラ)1007 号[録画ネット事件抗告審]

ビス提供業者の行為主体性を否定していることを見て取れる。

1について、録画ネット事件では、サービス提供者がカラオケ法理の管理・支配性を充足する理由の一つに中心となる機器の所有があげられている。録画ネット事件仮処分では、機器は利用者の所有であるが、調達がサービス提供者であること、同事件抗告審では、機器の所有・調達ともにサービス提供者であるとしている。本件では Y の行為主体性を否定する理由の一つに、ベースステーションは各サービス利用者であることが挙げられている。

中心となる機器の所有が行為主体の判断に与える影響について、録画ネット事件の仮処分では機器はサービス利用者の所有であるとしながらも、抗告審と同じく行為主体をサービス提供者であると判断していることから、機器の所有は行為主体判断を大きく左右するものではない⁴¹と考えられる。

2の違いについて、録画ネット事件では専用のソフトウェアがテレビパソコンにインストールされていたが、本件ではロケーションフリーをそのまま使用している。サービスに専用のソフトウェアが必要であることについて、これをサービス提供者の行為主体性を認める理由の一つとして挙げた事例にファイルログ事件がある。ファイルログ事件では、ファイル送信のためにはサービス提供者の運営するウェブサイトからクライアントソフトを入手する必要があることが、カラオケ法理の管理性を認めうる理由の一つとされた。クライアントソフトが必要なことについてファイルログ事件では、専用ソフトウェアが必要というだけでなく、ファイルの送受信に必要な検索機能についても、サービス提供者の行為主体性を認める理由の一つに挙げられている。また、録画ネット事件では、サービス提供者の管理・支配性を認める理由の「本件サービスにおいては、抗告人事務所内に抗告人が設置したテレビパソコン、テレビアンテナ、ブースター、分配機、本件サーバー、ルーター、監視サーバー等多くの機器類並びにソフトウェアが、有機的に結合して1つの本件録画システムを構成しており、これらの機器類及びソフトウェアはすべて抗告人が調達した抗告人の所有物であって、抗告人は、上記システムが常時作動するように監視し、これを一体として管理している」という部分で専用ソフトウェアについて言及している。ファイルログ事件及び録画ネット事件では、行為主体性を認める理由として挙げられるその他の理由を示す際にサービスに専用ソフトウェアが必要であることについて言及している。

3の違いについて、録画ネット事件では、サービスに用いられている機器類やソフトウェアが一つの録画システムとして一体のシステムを構成する、と評価され、管理性を肯定する理由の一つに挙げられている。一方、本件では、録画ネット事件のような評価はされておらず、サービスに使用されている機器類が一体のシステムを構成しないことがサービス提供者の主体性を否定する理由として挙げられている。

録画ネット事件の決定要旨では、サービス提供者が、多くの機器類によって構成される1つのシステムを管理している、と示されている。したがって、録画ネット事件における管

⁴¹帖佐隆「判批」パテント 60 巻 5 号 35 頁 (2007)、前掲注 1) 田村・55 頁

理の対象は、録画が行われるシステムであるといえることができる。本件の場合には、システムが構成されていることそのものが否定されていることから、管理性について録画ネット事件の考え方を採用する場合、管理の対象は存在しないことになる。この点について、吉田氏はサービス提供者の管理の対象となるシステムの存在の有無から本件と録画ネット事件との差を指摘している⁴²。システム・機器の提供が問題となる場合にカラオケ法理の管理性を認めるためには、サービス提供者が著作物利用に使用されているシステムを管理している必要があるが、そもそも本件においては録画ネット事件のような一体のシステムが形成されていないことから管理性が否定される⁴³とする。

一方で、選撮見録事件第一審⁴⁴のように、送信が行われている個々のベースステーションがサービス提供者が管理する場所に設置されていることを、サービス提供者による管理の理由として挙げることもできるかもしれないが、本件及び録画ネット事件では機器の設置されている場所についての言及はない。また、一体のシステムに対する管理ではなく、個々の機器に対する管理についても言及されていない。したがって、機器類によって一体のシステムが構成されておりこれを管理していれば、サービス提供者による管理の程度が強く、複数の機器を集約的に管理していても、一体のシステムとなっていなければ、サービス提供者による管理の程度は弱い、と見られているようである。

4の違いについて、録画ネット事件では、サービス利用者は、各テレビパソコンにアクセスするためにはサービス提供者のサイトにアクセスし、そこで認証を受けなければならないことを、サービス提供者の管理性を認める理由の一部に挙げている。本件では、サービス提供者の行為主体性を否定する理由として、仮処分においてベースステーションにアクセスする際にサービス提供者による認証を要しないことが挙げられている。

本件仮処分では、「利用者によるベースステーションへのアクセスに特別な認証手順を要求するなどして、利用者による放送の視聴を管理することはしていない」と示しており、サービス提供者による認証によって管理されるのは視聴の認証であるとしている。著作物の利用に関与している者の管理性について検討する際には、管理の対象を機器とするにしても、管理の対象たる機器が支分権として定められている著作物利用行為である必要があると考えられる。機器内部で利用行為が行われているからこそ、機器の管理を通じて管理性を肯定するからである。そのため、本件の場合、単にサービス利用者の視聴ではなく視聴のための送信について述べていると考えられる。

一方、録画ネット事件では、サービス提供者による認証について、「利用者は、本件サービスを利用する場合、手元にあるパソコンから、抗告人が運営する本件サイトにアクセスし、そこで認証を受けなければ、割り当てられたテレビパソコンにアクセスすることができず」、としている。これは、利用者の各テレビパソコンに対する指示、つまり録画行為が

⁴²前掲注 38) 吉田・170 頁

⁴³前掲注 38) 吉田・171 頁

⁴⁴大阪地判平成 17 年 10 月 24 日判時 1911 号 65 頁[選撮見録事件第一審]

サービス提供者によって制限されていることをもって管理性を認める理由の一部とするものであるのではないだろうか。

3.1.5.2.5. ロクラクⅡ事件第一審⁴⁵との比較

録画ネット事件の他、テレビ番組の遠隔地への転送サービスが問題となった裁判にロクラクⅡ事件がある。ロクラクⅡ事件の概要は次のようなものである。ロクラクⅡサービスの提供者である株式会社日本デジタル家電は、「ロクラクⅡビデオデッキレンタル」という名称で、ハードディスクレコーダーであるロクラクⅡ（サービス提供者が製造し、販売・貸与を行っている、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である。）の親子機能を有する 2 台のロクラクⅡをセットにして、有償で貸与又は販売するサービスを行っていた。

親子機能を有する 2 台のロクラクⅡとは、テレビ番組を受信し、録画した番組を転送する親機ロクラクとサービス利用者が操作し、親機ロクラクに対し録画や録画されたテレビ番組の転送を指示し、それを視聴するための子機ロクラクからなるものである。サービスの利用者は、手元に設置した子機ロクラクを操作して、離れた場所に設置した親機ロクラクにおいてアナログ地上波放送を受信してテレビ番組を複製させ、複製した番組のデータの子機ロクラクに送信させ、子機ロクラクに接続したテレビ等のモニタに、テレビ番組を再生して、複製したテレビ番組を視聴することができるようになる。

以上のように、ロクラクⅡサービスはそのサービス内容や機器の構成について本件と非常に似た事例⁴⁶であるが、ロクラクⅡ事件第一審では、本件とは異なりサービス提供者の行為主体性が認められている。ロクラクⅡ事件第一審において行為主体判断は、「著作権法上の侵害行為者を決するについては、当該行為を物理的、外形的な観点のみから見るべきではなく、これらの観点を踏まえた上で、法律的な観点から、著作権を侵害する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から、事案に応じて、カラオケ装置を設置したスナック等の経営者について、客の歌唱についての管理及びそれによる営業上の利益という観点から、演奏の主体として、演奏権侵害の不法行為責任があると認められたクラブキャッツアイ事件最高裁判決等を踏まえ、問題とされる行為（提供されるサービス）の性質に基づき、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である。」としている。そしてサービス提供者の行為主体性について、「親機ロクラクは、本件サービスを成り立たせる重要な意味を有する複製を行う機能を有する機器であるところ、……日本国外の利用者に日本のテレビ番組の複製物を取得させるという本件サービスの目的に基づき、……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、いまだ、大多数の利用者の利用に係る親機ロクラクを、東京都内や静岡県内において管理支配しているものということができる。この場合、

⁴⁵東京地判平成 20 年 5 月 28 日判時 2029 号 125 頁[ロクラクⅡ事件第一審]

⁴⁶大竹優子「最近の著作権裁判例について」コピライト 574 号 16 頁（2009）

……本件サービスにおいて親機ロクラクの果たす役割からすれば、被告は、……本件対象サービスを提供しているものといえることができ、本件番組及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ることができるとともに、それによる利益を得ているものと認められる」と示した。管理性については、親機ロクラクの設置場所及びその状況、ロクラクⅡサービスにおける親機ロクラクの設置管理方法に関する選択の仕組み、利用者の録画可能なテレビ番組、本件サービスを利用する際の送受信の枠組みが検討されている。ロクラクⅡ事件第一審では行為主体を判断する際に、カラオケ法理の考え方が採用されているが、同事件控訴審や同事件最高裁判決では異なった考え方が用いられているため、本件との比較ではロクラクⅡ事件第一審を取り上げる。

本件とロクラクⅡ事件の違いとして、1.サービスに使用される機器の所有者、2.専用の機器・ソフトウェアの有無が考えられる。

1の違いについて、本件において使用される機器の所有者はサービス利用者であると判断されたが、ロクラクⅡ事件においてサービス利用者は親機ロクラクを購入できるものの、購入はレンタル契約終了後であるため、機器はサービス提供会社が所有していることになる。ロクラクⅡ事件第一審では、サービスで使用される機器の所有について親機ロクラクの設置場所及びその状況を検討する際に言及されているものの、管理性を認める理由として挙げられているわけではない。また、前述の本件と録画ネット事件との比較からも、サービスで使用される機器の所有は、行為主体を判断する際の重要な要素ではないと考えられる。

2の違いについて、本件で使用されている機器は一般に発売されているものであるが、ロクラクⅡ事件で使用されているのはサービスの提供者が製造したものである。この違いについても1の違いと同様に、ロクラクⅡ事件第一審において管理性を認める直接の理由として挙げられていないこと及び前述の本件と録画ネット事件との比較から、サービスにおいて使用されている機器がサービス特有のものであるということもまた、管理性を認める理由として大きなものではないと考えられる。

以上のように、本件とロクラクⅡ事件第一審の行為主体判断が分かれたのは、本件とロクラクⅡ事件との利用様態の相違によるものではないと考えられるため、本件ではサービス提供者の行為主体性が否定され、ロクラクⅡ事件第一審においてサービス提供者の行為主体性が肯定された原因は、ロクラクⅡ事件第一審において、a.サービスの目的、b.親機ロクラクの設置場所及びその状況、c.本件サービスにおける親機ロクラクの設置管理方法に関する選択の仕組み、d.利用者の録画可能なテレビ番組、e.本件サービスを利用する際の送受信の枠組みを検討し管理・支配性の充足を認めたところにあると考えられる。

3.1.6. 総合考慮による行為主体判断[MYUTA 事件](東京地判平成 19 年 5 月 25 日判タ 1251 号 319 頁)

3.1.6.1. 事案の概要

本件は、CD等の楽曲を携帯電話でも聞くことができるようにする、携帯電話向けストリーミングサービス「MYUTA」を提供していた株式会社イメージシティ（以下、X）が、Xサービスの提供について社団法人日本音楽著作権協会（以下、Y）に対し、Yが管理する音楽著作物の著作権に基づき、これを差し止める請求を有しないことを確認を求めたものである。一方Yは、XサービスにおいてXが、管理著作物の複製権および公衆送信権を侵害するとして、差止請求権がある旨を主張した。Xサービスの概要は次のようなものである。

Xが作成し、提供する専用ソフトウェアを用いて、Xサービスの利用者が楽曲の音源データを自己のパソコンで携帯電話用ファイルに圧縮し、インターネットを経由してXの運営するサーバのストレージにアップロードする。利用者は、これを任意の時期に自己の携帯電話にダウンロードすることができる、これにより、利用者は、携帯電話で楽曲を自由に再生することができる。利用者のパソコン、Xサーバのストレージ領域、利用者の携帯電話が紐付けられている。

主な争点として、Xサービスの過程で行われる楽曲ファイルの複製と送信についてその主体が争われた。

3.1.6.2. 判旨

複製の主体について、「① 原告の提供しようとする本件サービスは、パソコンと携帯電話のインターネット接続環境を有するユーザを対象として、CD等の楽曲を自己の携帯電話で聴くことができるようにするものであり、……過程において、複製行為が不可避的であって、本件サーバに3G2ファイルを蔵置する複製行為は、本件サービスにおいて極めて重要なプロセスと位置付けられること、② 本件サービスにおいて、3G2ファイルの蔵置及び携帯電話への送信等中心的役割を果たす本件サーバは、原告がこれを所有し、その支配下に設置して管理してきたこと、③ 原告は、本件サービスを利用するに必要不可欠な本件ユーザソフトを作成して提供し、本件ユーザソフトは、本件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において、本件サーバの認証を受けなければ作動しないようになっていること、④ 本件サーバにおける3G2ファイルの複製は、上記のような本件ユーザソフトがユーザのパソコン内で起動され、本件サーバ内の本件ストレージソフトとインターネット回線を介して連動した状態で機能するように、原告によってシステム設計されたものであること、⑤ ユーザが個人レベルでCD等の楽曲の音源データを携帯電話で利用することは、技術的に相当程度困難であり、本件サービスにおける本件サーバのストレージのような携帯電話にダウンロードが可能な形のサイトに音源データを蔵置する複製行為により、初めて可能になること、⑥ ユーザは、本件サーバにどの楽曲を複製するか等の操作の端緒となる関与を行うものではあるが、本件サーバにおける音源データの蔵置に不可欠な本件ユーザソフトの仕様や、ストレージでの保存に必要な条件は、原告によって予めシステム設計で決定され、その複製行為は、専ら、原告の管理下にある本件サーバにおいて行われるものであることに照らせば、本件サーバにおける3G2ファイルの複製行

為の主体は、原告というべきであり、ユーザということとはできない。」

次に、送信の主体について、「① 原告の提供しようとする本件サービスは、パソコンと携帯電話のインターネット接続環境を有するユーザを対象として、CD等の楽曲を自己の携帯電話で聴くことができるようにするものであり、……過程において、音源データの送信行為が不可避的であって、本件サーバから3G2ファイルを送信する行為は、本件サービスにおいて不可欠の最終的なプロセスと位置付けられること、② 本件サービスにおいて、3G2ファイルの蔵置及び携帯電話への送信等中心的役割を果たす本件サーバは、原告がこれを所有し、その支配下に設置して管理してきたこと、③ 本件サーバによる3G2ファイルの送信は、インターネット回線を介して、ユーザの携帯電話と本件サーバ内の本件ストレージソフトが連動して機能するように、原告によってシステム設計されたものであること、④ 本件サーバからの送信行為は、本件サーバでの複製行為を前提とするものであり、ユーザが個人レベルでCD等の楽曲の音源データを携帯電話で利用することは、技術的に相当程度困難であること、⑤ ユーザは、本件サーバにどの楽曲をダウンロードするか等の操作の端緒となる関与を行うものではあるが、本件サーバによる音源データの送信に係る仕様や条件は、原告によって予めシステム設計で決定され、その送信行為は、専ら、原告の管理下にある本件サーバにおいて行われるものであることに照らせば、本件サーバによる3G2ファイルの送信行為の主体は、原告というべきであり、ユーザということとはできない。」

送信の主体を X とした上で、X サーバから利用者への楽曲ファイルの送信について、自動公衆送信に該当するか否かを判断している。「本件サービスは、……インターネット接続環境を有するパソコンと携帯電話（ただし、当面は au W I N 端末のみ）を有するユーザが所定の会員登録を済ませれば、誰でも利用することができるものであり、原告がインターネットで会員登録をするユーザを予め選別したり、選択したりすることはない。「公衆」とは、不特定の者又は特定多数の者をいうものであるところ（著作権法2条5項参照）、ユーザは、その意味において、本件サーバを設置する原告にとって不特定の者というべきである。よって、本件サーバからユーザの携帯電話に向けての音源データの3G2ファイルの送信は、公衆たるユーザからの求めに応じ、ユーザによって直接受信されることを目的として自動的に行われるものであり、自動公衆送信（同法2条1項9号の4）といえることができる。」

3.1.6.3. 行為主体の判断基準について

本件では、X サービスにおける複製と送信の主体が検討されているが、それぞれの主体を X とする理由は複製の主体を検討する際に挙げられている、X はサービスに必要不可欠なソフトを作成・提供しており、これを利用するためには X サーバの認証が必要である、という考慮要素以外は、複製・送信共に同じものを挙げている。

本件で行われている行為主体の判断には、カラオケ法理の影響がみられる⁴⁷。また、サービスの内容・性質が判断されていることから、ファイルログ事件において用いられた変容したカラオケ法理の影響を受けているものと思われる。しかし、本件において X の行為主体性を認めた理由が「技術的な困難性」を除き、ネットワークを利用して提供されるサービス一般にみられるもの⁴⁸であり、同様の指摘⁴⁹がありながらも、直接の利用者による侵害があったファイルログ事件とは異なり、本件は行為主体の判断により、侵害か否かが左右される事例である。

具体的に挙げられている考慮要素は、「ユーザが個人レベルで CD 等の楽曲の音源データを携帯電話で利用することは、技術的に相当程度困難」を除いて、録画ネット事件で用いられたもの⁵⁰との共通がみられる⁵¹。録画ネット事件で用いられた考慮要素は、サービス提供者がカラオケ法理の管理要件を満たしているとする理由である。一方で、本件ではカラオケ法理の管理要件としてではなく、X を行為主体であるとする理由として示されている。つまり、本件では X の利用行為に対する関与を直接捉え⁵²て行為主体を判断していると考えられる。

また、X サービスの利用者については、「ユーザは、……操作の端緒となる関与を行うものではあるが、……（利用の）仕様や条件は、原告によって予めシステム設計で決定され、その送信行為は、専ら、原告の管理下にある本件サーバにおいて行われるものである」（括弧内は筆者によるもの）とその行為主体を否定するような書きぶりになっている。一方で、著作物利用の行為主体が問題となった選撮見録事件控訴審においては、問題となった機器は「使用者からの指示信号に基づいて機能するものであるから、……各使用者、即ち各居

47 森義之「判批」著作権判例百選第 4 版 198 頁（2009）

48 奥邨弘司「ロッカー・サービスと著作権」年報知的財産法 2012 13 頁(2012)

49 前掲注 23) 平嶋・202 頁

50 録画ネット事件（高裁）における行為主体判断の際に挙げられている具体的な考慮要素は、次の通り。「①本件サービスは、抗告人自身が本件サイトにおいて宣伝しているとおり、海外に居住する利用者を対象に、日本の放送番組をその複製物によって視聴させることのみを目的としたサービスである、② 本件サービスにおいては、抗告人事務所内に抗告人が設置したテレビパソコン、テレビアンテナ、ブースター、分配機、本件サーバー、ルーター、監視サーバー等多くの機器類並びにソフトウェアが、有機的に結合して 1 つの本件録画システムを構成しており、これらの機器類及びソフトウェアはすべて抗告人が調達した抗告人の所有物であって、抗告人は、上記システムが常時作動するように監視し、これを一体として管理している、③ 本件サービスで録画可能な放送は、抗告人が設定した範囲内の放送（抗告人事務所の所在する千葉県松戸市で受信されたアナログ地上波放送）に限定されている、④ 利用者は、本件サービスを利用する場合、手元にあるパソコンから、抗告人が運営する本件サイトにアクセスし、そこで認証を受けなければ、割り当てられたテレビパソコンにアクセスすることができず、アクセスした後も、本件サイト上で指示説明された手順に従って、番組の録画や録画データのダウンロードを行うものであり、抗告人は、利用者からの問い合わせに対し個別に回答するなどのサポートを行っている」

51 山神清和「判批」判時 1996 号 203 頁（2008）、森・前掲注 47) 199 頁

52 前掲注 1) 田村・61 頁

室の入居者は、少なくとも、複製行為、公衆送信・送信可能化行為主体ということが出来る。」と示している。また、選撮見録事件第一審においては、「各居室の入居者は、どの番組を録画するかということを一選択しないものと認められる。したがって、各居室の入居者からの、各録画に対する関与は乏しい。」とする。選撮見録事件については、第一審と控訴審で行為主体と判断された者が異なるが、利用対象の選択という考慮要素は、行為主体か否かを左右する大きなものとして扱われている点において一致する。本件において「操作の端緒」とされた行為は、複製・送信の対象を選択する行為であり、それぞれの著作物利用に対する重要な関与ということができるのではないだろうか。

3.1.6.4. 検討

本件における行為主体の判断については、ファイルログ事件や録画ネット事件との類似がありながらも、ファイルログ事件においては直接の侵害を前提としてサービス提供者の行為主体性を認めていたことや、録画ネット事件のように大筋ではカラオケ法理の 2 要件枠組みに沿っていたこと、というような行為主体と認められる者の範囲を制限する要素を欠くものである。

管理・支配要件を充足するという形ではなく、サービス提供者の著作物利用に対する関与を列挙し行為主体を判断することによって、「技術的に困難である」という、一見行為主体の判断とは関係がないように思えるものまで考慮要素に入れることができってしまう。したがって、行為主体の判断は場当たりの総合考慮ではなく、カラオケ法理の 2 要件といったような、なんらかの判断枠組みを必要とするのではないだろうか。

3.2. 著作物利用行為の主体を判断するための新しい基準

3.2.1. サービス利用者の行為への注目[ロクラクⅡ事件控訴審] (知高判平成 21 年 1 月 27 日平成 20 年 (ネ) 第 10055 号、平成 20 年 (ネ) 第 10069 号[ロクラクⅡ事件控訴審])

ロクラクⅡ事件控訴審は、既に紹介したテレビ番組の転送が問題となったロクラクⅡサービスについて争われた裁判の第二審で、サービス提供者が原判決を受けて控訴し、これに伴い原判決の原告である放送事業者が附帯控訴した。ロクラクⅡ事件控訴審では、結論として原判決を取り消しサービス提供者の複製についての行為主体性を否定している。裁判では、サービスの目的やサービスに使用される機器の設置・管理などの点からもサービス提供者の行為主体性について検討を行いこれを否定しているが、私的利用が累積・増大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い、とも示しており、結論が原判決と異なった理由はロクラクⅡサービスに対する評価の変化というよりも行為主体判断に対する考え方の違いが原因であると考えられる。ロクラクⅡ事件控訴審の行為主体判断に対する考え方は他の行為主体が問題になった裁判とは大きく異なるものであり、ロクラクⅡ事件最高裁判決で覆されたものの、適法な行為の違法への転化という規範的行為主体判断の問題を指摘している重要な判決であると考えられるため検討を加える。

3.2.1.1. 事案の概要

ロクラクⅡサービスの提供者である株式会社日本デジタル家電は、「ロクラクⅡビデオデッキレンタル」という名称で、ハードディスクレコーダーであるロクラクⅡ（サービス提供者が製造し、販売・貸与を行っている、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である。）の親子機能を有する2台のロクラクⅡをセットにして、有償で貸与又は販売するサービスを行っていた。親子機能を有する2台のロクラクⅡとは、テレビ番組を受信し、録画した番組を転送する親機ロクラクとサービス利用者が操作し、親機ロクラクに対し録画や録画されたテレビ番組の転送を指示し、それを視聴するための子機ロクラクからなるものである。サービスの利用者は、手元に設置した子機ロクラクを操作して、離れた場所に設置した親機ロクラクにおいてアナログ地上波放送を受信してテレビ番組を複製させ、複製した番組のデータを子機ロクラクに送信させ、子機ロクラクに接続したテレビ等のモニタにテレビ番組を再生して、複製したテレビ番組を視聴することができるようになる。

このロクラクⅡサービスについて放送事業者らがサービス提供者による複製権の侵害であるとしてサービスの差止めや損害賠償を求め提訴した。裁判では複製の主体が問題になり、第一審でサービス提供者の行為主体性が認められたため、サービス提供者が控訴し、放送事業者らも附帯控訴を行った。

3.2.1.2. 判旨

原判決とは異なり、サービス提供者の行為主体性を否定した。被控訴人である放送事業者らは、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考慮すれば、控訴人であるサービス提供者がロクラクⅡサービスにおける複製を行っていることは明らかであると主張していることから、控訴審ではこの主張に沿って行為主体の検討を行っている。

結論としては①から⑥の放送事業者らの主張を否定し、加えて、「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

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。……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。」と示した。以下は知財高裁による①から⑥についての具体的な検討である。

①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。……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。」と示した。

②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うまでもないところ、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うことができる。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。」とした。

③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** (**hypertexttransferprotocol**) 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は、技術常識に照らして困難であり、被控訴人らの主張は、独自の见解に基づくものであるといわざるを得ない（なお、甲20は、メールシステムのうち、smtp (simplemailtransferprotocol) 及び pop (postofficeprotocol) 又は imap (internetmessagingaccessprotocol) を採用するものについて言及するにすぎず、http を採用するメールシステムについての上記判断を左右するものではない。)。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るれば、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は、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见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。」と判示した。

④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（静岡県又は東京都）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ができない。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。」とした。

⑤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。」と示した。

⑥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、……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。」とした。

3.2.1.3. 行為主体の判断基準について

ロクラクⅡ事件控訴審における行為主体の判断では、放送事業者らの主張する①から⑥の要素についてはサービス提供者の行為主体性を認めるものではないとして退けられたが、この原因の一つは知財高裁が①から⑥を検討する際に、サービス利用者の行為が法30条1項の私的複製の規定により適法であることを基本的な視点としたことにあると考えられる。これは放送事業者らの主張する①から⑤に対する検討において、サービス提供者の各行為を、サービス利用者がロクラクⅡを自己管理する場合と比較し、利用のための技術的環境を整備しているに過ぎないと示していることから明らかである。そしてサービス利用者の適法な行為を基本的な視点とする背景には、判旨で明示されているように、適法な利用が累積・増大したからといって本来適法な行為が違法な行為に転化する余地はない、という判決の間接侵害に対する判断があるといえる⁵³。

サービス提供者の行為主体性を考えるにあたりサービス提供者の行為の違法性を前提と

⁵³前掲注1) 田村・65頁、作花文雄「放送番組の録画・配信サービスと著作権制度」コピライト52巻613号40頁(2012)

する考え方は、ファイルログ事件控訴審⁵⁴においても次のように示されていた。「サービスが、その性質上、具体的かつ現実的な蓋然性をもって特定の類型の違法な著作権侵害行為を惹起するものであり、……しかもそれについての控訴人会社（日本エム・エム・オー）の管理があり、控訴人会社がこれにより何らかの経済的利益を得る余地があるとみられる事実があるときは、控訴人会社はまさに自らコントロール可能な行為により侵害の結果を招いている者として、その責任を問われるべきことは当然であり、控訴人会社を侵害の主体と認めることができるというべきである。」（括弧内は筆者によるもの）行為主体が問題となる裁判では、録画ネット事件などにおいてファイルログ事件の影響を受けたカラオケ法理が採用されてきたが、ロクラクⅡ事件控訴審はサービス提供者の行為を検討の出発点としていることから、ファイルログ事件の考え方をより忠実に採用していると考えられる⁵⁵。

3.2.1.4. 検討

上記のようなロクラクⅡ事件控訴審の判決に対しては、サービス利用者の行為をサービス全体から切り離して、分断的に捉え単調に結論が導かれている⁵⁶、との批判がある。しかしながら、サービス関与にしている者の行為を分断的に捉え行為主体を判断するという方法はこれまでの行為主体が問題になった裁判で採用されてきた判断方法ではないだろうか。

行為主体が問題となる裁判では主に、サービス提供者の行為を考慮要素とする総合考慮によって行為主体性が判断されてきた。総合考慮において行為主体性を否定する又は肯定する理由として示される要素は事案により異なる。例えば、選撮見録事件においては、サービス提供者の行っている機器の保守管理によってカラオケ法理の管理性が認められているのに対し、録画ネット事件では、サービスの目的、サービスに使用される機器の管理、録画可能な放送の範囲、サービス提供者による機器利用時のサービス利用者の認証を総合的に考慮することによって管理性を認めている。

行為主体を判断する考慮要素が事案ごとに異なるのはサービスの様態が異なることに起因する場合もあるが、ロクラクⅡ事件第一審とまねきTV事件仮処分から控訴審までの判決のようにサービスの様態が非常に似ている場合でも結論が異なる場合がある。これは3.1.5.2で述べたように、行為主体を判断する際にサービス提供者のどのような行為を考慮要素として採用するかが結論に影響していると考えられる。

3.2.2. 枢要な行為論[ロクラクⅡ事件上告審]（最判平成23年1月20日民集65巻1号399頁[ロクラクⅡ事件上告審]）

⁵⁴東京高判平成17年3月31日平16（ネ）第405号[同事件控訴審]裁判所HP

⁵⁵この点について、宮脇氏はサービス提供者の違法な行為がない本件に対して、放送事業者らが①の主張を行うことに無理があると指摘する。（宮脇正晴「判批」ジュリスト1398号309頁）

⁵⁶前掲注53）作花・50頁

ロクラクⅡ事件最高裁判決では、それまでの行為主体が問題となる裁判において採用されてきたカラオケ法理とは異なる方法で行為主体を判断している。カラオケ法理が最高裁で示され、その後の下級審における裁判で採用されたように、ロクラクⅡ事件最高裁判決の判示もまた、行為主体を判断する基準の一つになりえることから、今後の行為主体が問題となる裁判に対し大きな影響を及ぼすと考えられる。

3.2.2.1. 判旨

最高裁はサービス提供者の行為主体性を認め、更に審議を尽くさせるためとして控訴審判決を破棄し、知財高裁に差し戻した。その理由を「放送番組等の複製物を取得することを可能にするサービスにおいて、サービスを提供する者（以下「サービス提供者」という。）が、その管理、支配下において、テレビアンテナで受信した放送を複製の機能を有する機器（以下「複製機器」という。）に入力して、当該複製機器に録画の指示がされると放送番組等の複製が自動的に行われる場合には、その録画の指示を当該サービスの利用者がするものであっても、サービス提供者はその複製の主体であると解するのが相当である。すなわち、複製の主体の判断に当たっては、複製の対象、方法、複製への関与の内容、程度等の諸要素を考慮して、誰が当該著作物の複製をしているといえるかを判断するのが相当であるところ、上記の場合、サービス提供者は、単に複製を容易にするための環境等を整備しているにとどまらず、その管理、支配下において、放送を受信して複製機器に対して放送番組等に係る情報を入力するという、複製機器を用いた放送番組等の複製の実現における枢要な行為をしており、複製時におけるサービス提供者の上記各行為がなければ、当該サービスの利用者が録画の指示をしても、放送番組等の複製をすることはおよそ不可能なのであり、サービス提供者を複製の主体というに十分であるからである。」と判示した。

また、金築裁判官が補足意見として、行為主体の判断基準におけるカラオケ法理の位置づけを述べている。

行為主体の判断基準として「最高裁昭和 63 年 3 月 15 日第三小法廷判決（民集 42 巻 3 号 199 頁）以来のいわゆる「カラオケ法理」が援用されることが多く、本件の第 1 審判決を含め、この法理に基づいて、複製等の主体であることを認めた裁判例は少なくないとされている。「カラオケ法理」は、物理的、自然的には行為の主体といえない者について、規範的な観点から行為の主体性を認めるものであって、行為に対する管理、支配と利益の帰属という二つの要素を中心に総合判断するものとされているところ、同法理については、その法的根拠が明らかでなく、要件が曖昧で適用範囲が不明確であるなどとする批判があるようである。しかし、著作権法 21 条以下に規定された「複製」、「上演」、「展示」、「頒布」等の行為の主体を判断するに当たっては、もちろん法律の文言の通常の意味からかけ離れた解釈は避けるべきであるが、単に物理的、自然的に観察するだけで足りるものではなく、社会的、経済的側面をも含め総合的に観察すべきものであって、このことは、著作物の利用が社会的、経済的側面を持つ行為であることからすれば、法的判断として当然のことで

あると思う。このように、「カラオケ法理」は、法概念の規範的解釈として、一般的な法解釈の手法の一つにすぎないのであり、これを何か特殊な法理論であるかのようにみなすのは適当ではないと思われる。したがって、考慮されるべき要素も、行為類型によって変わり得るのであり、行為に対する管理、支配と利益の帰属という二要素を固定的なものと考えるべきではない。この二要素は、社会的、経済的な観点から行為の主体を検討する際に、多くの場合、重要な要素であるというにとどまる。にもかかわらず、固定的な要件を持つ独自の法理であるかのように一人歩きしているとすれば、その点にこそ、「カラオケ法理」について反省すべきところがあるのではないかと思う。」

3.2.2.2. 行為主体の判断基準について

複製主体を判断するための一般的な基準として最高裁判決が示した「複製の対象、方法、複製への関与の内容、程度等の諸要素」は複製行為に関連する要素を網羅的に挙げたものであるため非常に抽象的である。また、この基準については具体性に欠け⁵⁷、侵害の判断基準として不明確である⁵⁸という指摘もなされている。

一方で、「サービス提供者は、単に複製を容易にするための環境等を整備しているにとどまらず、その管理、支配下において、放送を受信して複製機器に対して放送番組等に係る情報を入力するという、複製機器を用いた放送番組等の複製の実現における枢要な行為をしており、複製時におけるサービス提供者の上記各行為がなければ、当該サービスの利用者が録画の指示をしても、放送番組等の複製をすることはおよそ不可能なのであり、サービス提供者を複製の主体というに十分であるからである。」という判示では、著作物利用行為に関連する行為を「枢要な行為」と位置付け、「枢要な行為」行っている者を行為主体だと判断しており、より具体的な行為主体判断の基準を示している。

行為主体を決定づける著作物行為の実現のための「枢要な行為」をについてロクラクⅡ事件上告審では、「放送を受信して複製機器に対して放送番組等に係る情報を入力している」ことであるとしている。そして情報の入力を枢要な行為であると位置づけた理由については、情報の入力行為なしには「放送番組等の複製をすることはおよそ不可能」ためであるとしている。

この点について判例解説では、ロクラクⅡ事件とほぼ同様のサービスが問題となったまねき TV 事件最高裁判決⁵⁹の判示から、ロクラクⅡ事件についても送信の主体はサービス提

⁵⁷岡村久道「まねき TV 事件・ロクラクⅡ事件最高裁判決とインターネットサービス」NBL959号76頁(2011)

⁵⁸帖佐隆「放送中継受信型事件における著作権法上の問題についての一考察～まねき TV 事件最高裁判決、ロクラクⅡ事件最高裁判決に対する批判的考察～」知財ぷりずむ9巻102号54頁(2011)

⁵⁹最判平成23年1月18日民集65巻1号121頁

供者である⁶⁰とし、サービス提供者がテレビアンテナで受信した放送を複製機器に入力することは、著作物等を一度アンテナで受信することにより取得し、取得した著作物等を複製機器に伝達しているともいうことができる⁶¹、としている。そのため、放送の受信と複製機器への情報の入力という行為は「サービス提供者が、その管理、支配下において、複製対象の著作物を取得し、これを複製機器に伝達するという意味を有する⁶²」としている。加えて、複製のためには、その前段階として対象となる著作物等の取得やその複製機器への伝達等が必須であることから、判決では、放送を受信して機器に情報を入力するという、業者による複製に関与する行為について、その性質から、これが複製の実現にあたっての重要な行為である⁶³、と解説している。

上記の判例解説で説明されている情報の入力行為が持つ意味については、情報の入力について詳しく説明したに過ぎない。判例解説では、情報の入力は複製対象著作物の取得と複製機器への伝達という意味を持つとしているが、どのような場合に複製対象著作物の取得と複製機器への伝達を行っているかについて、複製対象物の取得の実現のために果たしている役割や、取得についてのイニシアティブのありか等が考慮されることになろうか⁶⁴、としている。判例解説は、ロクラクⅡ事件におけるサービス提供者の情報の入力という行為とは、複製対象の著作物の取得に関連する行為を含むものであり、複製対象物の取得を行っているが故に、サービス提供者が行為主体である、と読むことができるのではないだろうか。

また、原判決においてサービス利用者の適法な行為が重視されていたことについて、情報の入力と録画指示行為との関係について、情報の入力がなければ、利用者が録画を指示をしても、放送番組の複製をすることはおよそ不可能である、と判示している。そのため、情報の入力行為の実現は録画指示行為の前提であることを理由に、録画指示行為よりも情報の入力行為を重要視しているように読める⁶⁵。

この点について奥邨氏は、サービス提供者の情報の入力行為とサービス利用者の録画指示行為について、「ユーザの自由は、サービス提供者が設定した複製対象物の枠（＝アンテナから入力される放送番組）のなかでの自由に過ぎず、……当該枠内のものは、いずれもが他人の著作物であるという状況が存在した。そして、そのような状況の下では、ユーザが自分の意志で録画する番組を選んだという事実は、複製権侵害との関係では捨象されてしまう。なぜなら、ユーザがいずれの番組を選んだとしても一権利制限規定を別とすれば一複製行為は、権利侵害となるからである⁶⁶」としている。

⁶⁰柴田義明「最高裁重要判例解説」Law&Technology51号110頁（2011）

⁶¹柴田・前掲注60）110頁

⁶²柴田・前掲注60）110頁

⁶³柴田・前掲注60）111頁

⁶⁴柴田・前掲注60）110頁

⁶⁵前掲注53）作花・56頁

⁶⁶奥邨弘司「まねきTV・ロクラクⅡ事件最判後の著作権の間接侵害論」パテント64巻11

しかし、ロクラクⅡ事件の場合、サービス利用者は親機ロクラクとアンテナを単につないでいるだけであって、利用者が録画できる番組の範囲はサービス提供者ではなく放送局によって決められたものである。そのため、サービス利用者の自由は、サービス提供者が設定した枠内での自由であるとは言えないのではないだろうか。また、判例解説によれば、「本判決は、判決設定事例において、サービス提供者が行う行為が、自らの支配下において、著作物を取得してこれを複製機器に提供しているとも解し得るなど、その性質に照らして、これが複製の実現における重要な行為であることから、サービス提供者を複製の主体としているのであって、そのような重要な行為がなければ、複製が「およそ」不可能であることをいったものにすぎず、複製の実現に対して因果関係のある行為が重要な行為であるとか、そのような因果関係がある行為をした者が複製の主体となるといっているものではないことは明らかである⁶⁷⁾」としている。したがって、どのような行為が重要な行為かは、その行為が行われなければ複製がおよそ不可能か否かという観点から考慮されると考えられる。

以上より、ロクラクⅡ事件最高裁判決が示した著作物利用行為主体を判断する基準は、複製に関連するある行為がなければ複製はおよそ不可能である、という複製の実現における重要な行為をおこなっているものが利用主体である⁶⁸⁾、というものだと考えられる。また、複製を実現するためのどのような行為であれば、行為主体を決定する重要な行為と位置づけることができるのかという、複製に関連する行為間の関係をどのように規定するのかについては疑問が残る⁶⁹⁾。

3.2.2.3. 検討

ロクラクⅡ事件上告審やその判例解説によれば、「複製の主体の判断に当たっては、複製の対象、方法、複製への関与の内容、程度等の諸要素を考慮して、誰が当該著作物の複製をしているといえるかを判断するのが相当」であり、サービス提供者は複製対象物の取得と提供という複製の実現における重要な行為を行っていることから、サービス提供者の行為主体性が肯定されることになる。判決のように複製の実現における重要な、その行為がなければ複製は「およそ」不可能であるとする行為を行っている者が行為主体であるとするのであれば、まず最初に、複製における最も重要な行為とはどのような行為なのかを検

号 92 頁 (2011)

⁶⁷⁾前掲注 60) 柴田・111 頁

⁶⁸⁾金子・小坂氏は、ロクラクⅡ最高裁判決は、「複製の主体を検討するうえで、著作物の複製の実現における「重要な行為」を行っているのが誰か、著作物の複製にあたってその行為がなければ著作物の複製が「およそ不可能」であったといえる行為を行ったのは誰か、といった点を、ひとつのメルクマールと考えているように思われる」としている。(小坂準記、金子剛大「まねき TV・ロクラクⅡ事件最高裁判決にみるコンテンツビジネスの諸問題」LawandTechnology52 号 61 頁 (2011))

⁶⁹⁾前掲注 53) 作花・56 頁

討することが重要ではないだろうか。そしてその検討の結果を具体的な事例に当てはめれば自然に行為主体が決定されるはずである。しかし判旨で示されているのは、情報の入力行為が複製の実現に関連する行為の中で最も重要であるという理由ではなく、録画指示行為よりも情報の入力行為が重要であると位置づける理由のみである。「サービス提供者は、……放送を受信して複製機器に対して放送番組等に係る情報を入力するという、複製機器を用いた放送番組等の複製の実現における枢要な行為をしており」というのは、理由を述べず結論を述べるものであり、理由のない結論から行為主体という新たな結論を導いている。これでは「業者側が関与しているのはこの程度（情報の入力）であるため、そこに目をつけ強引に業者の行為をクローズアップすることにより、侵害の結論を導いているように見える⁷⁰⁾」（括弧内は筆者によるもの）、という批判も免れないだろう。

そして判例解説からは、枢要な行為とは、その行為が行われなければ複製がおよそ不可能か否かという観点から考慮されると考えられるため、利用者の録画指示行為もまた、情報の入力と同様に複製のために必要不可欠な行為であるといえる⁷¹⁾、との指摘もある。利用者の録画指示行為について三村氏は、複製は情報を蓄積する必要がある、記録媒体の容量が有限である以上、サービス提供者の情報の入力よりも利用者の録画指示行為を重視すべきである⁷²⁾、とする。以上のように判旨では、情報の入力行為を複製の実現における最も重要な行為だとする理由が示されておらず、録画指示行為との関係しか示されていないことから、ロクラクⅡ事件上告審は控訴審の録画支持行為を重要視する考えを否定したもの⁷³⁾といえるのではないだろうか。

しかし、ロクラクⅡ事件上告審の示す複製の実現における枢要な行為を行っている者が行為主体であるという著作物利用行為の主体判断のための新たな視点は、最高裁判決であることから、行為主体判断の基準の一つとなりえる。この基準を示す前提として判旨では、「放送番組等の複製物を取得することを可能にするサービスにおいて、サービスを提供する者（以下「サービス提供者」という。）が、その管理、支配下において、テレビアンテナで受信した放送を複製の機能を有する機器（以下「複製機器」という。）に入力して、当該複製機器に録画の指示がされると放送番組等の複製が自動的に行われる場合には」と事例を設定していることから本判決の射程は限定的であると考えられる⁷⁴⁾。しかし、行為主体を判断する基準であるカラオケ法理が様々な事例で採用されてきたことから、今後の複

⁷⁰⁾前掲注 58) 帖佐・55 頁

⁷¹⁾作花氏は、「複製の実現に枢要な行為」とは何かという次元の問題に限っての議論であれば、「録画の実行指示」行為を重視する考え方もまた相応の合理性を有している、とする。（前掲注 53) 作花・52 頁）

⁷²⁾三村量一「カラオケ法理の考え方と最高裁判決」著作権法研究 38 号 103 頁

⁷³⁾前掲注 53) 作花・59 頁

⁷⁴⁾前掲注 60) 柴田・113 頁、小泉直樹「まねき TV・ロクラクⅡ最判の論理構造とインパクト」ジュリスト 1423 号 10 頁（2011）、前掲注 72) 三村・103 頁、前掲注 66) 奥邨・95 頁

製主体判断に及ぼす影響は明確ではない⁷⁵。与える影響としては複製主体を、判旨で示された一般的な基準を採用し総合的に判断する、複製の実現における枢要な行為という観点から判断する、複製対象物の取得への関与を重要視して判断する、といったことが考えられる。学説では、一般的な基準による主体判断があり得るとする意見⁷⁶や、複製対象物の取得が問題となる⁷⁷という意見があるが、後述する自炊代行事件における本判決の引用のされ方を見るに、複製の実現における枢要な行為という観点から行為主体が判断されるのではないだろうか。また、金築裁判官の補足意見でこれまでのカラオケ法理的な行為主体判断が否定されず、一般的な法解釈の手法であると示されたことから、判決は行為主体判断の基準をカラオケ法理から更新するものではない⁷⁸と考えられる。

3.2.3. ロクラクⅡ事件最高裁判決の採用[自炊代行事件]（東京地判平成25年9月30日判時2212号86頁[自炊代行事件Ⅰ第一審]、東京地判平成25年10月30日[自炊代行事件Ⅱ第一審]、知高判平成26年10月22日判タ1414号227頁[自炊代行事件Ⅰ控訴審]）

自炊代行事件Ⅰ・Ⅱの両第一審においてロクラクⅡ事件上告審で示された行為主体判断の基準が採用されている。しかし、その引用方法は、ロクラクⅡ事件最高裁判決において枢要な行為として位置受けられた行為をそのまま採用するのではなく、自炊行為において何が枢要なのか、という検討が行われている。さらにこの検討の際に、ロクラクⅡ事件最高裁判決で示された枢要な行為を考慮していない。また、自炊代行事件Ⅰ控訴審においては、サービス提供者の物理的な行為を非常に重要視し規範的行為主体判断の考え方を取らなかった。自炊代行事件Ⅰ控訴審というロクラクⅡ事件最高裁判決の枠組みから外れた方法で行為主体を判断している事例によって、結論先行的に物理的な複製行為を重視する場合とそれ以外の行為を重視する場合の切り分けが行われていると指摘できるのではないだろうか。

3.2.3.1. 事案の概要

これらの事件は、電子ファイル化の依頼があった書籍について、権利者の許諾なくスキャナーで電子ファイルを作成し依頼者に納品する事業が問題となった事例である。個人がスキャナーで書籍の電子ファイルを作成することが「自炊」と呼ばれ、訴えられた事業者らはこの作業を代行することから、サービスは自炊代行と呼ばれる。このような自炊代行サービスを行っていた事業者らに対し、小説家、漫画家、漫画原作者ら7名が複製権を侵

⁷⁵ 前掲注74) 小泉・11頁

⁷⁶ 萩野泰三「ロクラクⅡ事件（最一判平成23年1月20）・まねきTV事件（最三判平成23年1月18日）について」知財ぶりずむ9巻103号24頁（2011）

⁷⁷ 前掲注74) 小泉・11頁、前掲注66) 奥邨・95頁

⁷⁸ 前田氏は、ロクラクⅡ事件上告審の判示について、従来の侵害主体論は決して否定されていないが相対化されており、別の解決策を探る余地を否定していない、としている。（前田健「侵害主体論と著作物の私的利用の集積」パテント64巻15号106頁（2011））

害しているとして差止めと損害賠償を求めた。自炊代行事件Ⅰでは、株式会社サンドリーム及び有限会社ドライバレッジジャパンが、自炊代行事件Ⅱでは、株式会社ユープランニング、株式会社タイムズ、株式会社ビー・トゥ・システムズ及び有限会社ジャカレ・アセット・マネジメントが被告であり、原告は両事件とも同一である。

電子ファイル化の対象となる書籍や料金等に違いがあるものの、被告らのサービスの内容は概ね次のようなものである⁷⁹。サービスの利用者は書籍を被告らが指定した住所に送付するか、またはオンライン書店で購入した書籍をオンライン書店から直送する。被告らは受け取った書籍をスキャナーで読み取ることにより電子ファイルを作成する。完成した電子ファイルはサービス利用者がインターネット上のダウンロード用サイトからダウンロードするか、電子ファイルが収録されたDVDを送付する方法により納品される。

裁判では、被告らがサービスに伴う複製の主体はサービス利用者であると主張したため、この点について検討されている。主な争点は、複製の主体と著作権法30条1項の適用可否である。

3.2.3.2. 判旨

自炊代行為問題となった一連の裁判全てにおいてサービス提供者に行方主体性が認められ、複製権侵害が肯定されている。複製主体の判断時に両事件の第一審ではロクラクⅡ事件上告審が引用されたが、有限会社ドライバレッジジャパンが控訴した自炊代行事件Ⅰ控訴審では引用されなかった。

自炊代行事件Ⅰ第一審

複製の主体について「(ア)著作権法2条1項15号は、「複製」について、「印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により有形的に再製すること」と定義している。

この有形的再製を実現するために、複数の段階からなる一連の行為が行われる場合があり、そのような場合には、有形的結果の発生に関与した複数の者のうち、誰を複製の主体とみるかという問題が生じる。この問題については、複製の実現における重要な行為をした者は誰かという見地から検討するのが相当であり、重要な行為及びその主体については、個々の事案において、複製の対象、方法、複製物への関与の内容、程度等の諸要素を考慮して判断するのが相当である(最高裁平成21年(受)第788号同23年1月20日第一小法廷判決・民集65巻1号399頁参照)。

本件における複製は、上記(1)ア及びイで認定したとおり、①利用者が法人被告らに書籍の電子ファイル化を申し込む、②利用者は、法人被告らに書籍を送付する、③法人被告らは、書籍をスキャンしやすいように裁断する、④法人被告らは、裁断した書籍を法人被告らが管理するスキャナーで読み込み電子ファイル化する、⑤完成した電子ファイルを利用

⁷⁹自炊代行事件Ⅰにおいて問題となっているサービスの内容については、裁判所が認定したサービス内容に基づくものであり、自炊代行事件Ⅱについては、前提事実に基づくものである。

者がインターネットにより電子ファイルのままダウンロードするか又は DVD 等の媒体に記録されたものとして受領するという一連の経過によって実現される。

この一連の経過において、複製の対象は利用者が保有する書籍であり、複製の方法は、書籍に印刷された文字、図画を法人被告らが管理するスキャナーで読み込んで電子ファイル化するというものである。電子ファイル化により有形的再製が完成するまでの利用者と法人被告らの関与の内容、程度等を見ると、複製の対象となる書籍を法人被告らに送付するのは利用者であるが、その後の書籍の電子ファイル化という作業に関与しているのは専ら法人被告らであり、利用者は同作業には全く関与していない。

以上のとおり、本件における複製は、書籍を電子ファイル化するという点に特色があり、電子ファイル化の作業が複製における枢要な行為というべきであるところ、その枢要な行為をしているのは、法人被告らであって、利用者ではない。

したがって、法人被告らを複製の主体と認めるのが相当である。」とした。

また、「被告サンドリームらは、著作権法 30 条 1 項の適用を主張する際において、被告サンドリームは、使用者のために、その者の指示に従い、補助者的な立場で電子データ化を行っているにすぎないとし、また、被告ドライバレッジらは、同項の「使用する者が複製する」の解釈について、「複製」に向けての因果の流れを開始し、支配している者が複製の主体と判断されるべきであるし、複製の自由が書籍の所有権に由来するものであることに照らしても、書籍の所有者が複製の主体であると判断すべきであると主張する。

著作権法 30 条 1 項は、複製の主体が利用者であるとして利用者が被告とされるとき又は事業者が間接侵害者若しくは教唆・幫助者として被告とされるときに、利用者側の抗弁として、その適用が問題となるものと解されるところ、本件においては、複製の主体は事業者であるとされているのであるから、同項の適用が問題となるものではない。もっとも、被告らの主張は、利用者を複製の主体とみるべき事情として主張しているものとも解されるので、この点について検討する。

確かに、法人被告らは、利用者からの発注を受けて書籍を電子ファイル化し、これを利用者に納品するのであるから、利用者が因果の流れを支配しているようにもみえる。

しかし、本件において、書籍を電子ファイル化するに当たっては、書籍を裁断し、裁断した頁をスキャナーで読み取り、電子ファイル化したデータを点検する等の作業が必要となるのであって、一般の書籍購読者が自ら、これらの設備を準備し、具体的な作業をすることは、設備の費用負担や労力・技術の面において困難を伴うものと考えられる。

このような電子ファイル化における作業の具体的内容をみるならば、抽象的には利用者が因果の流れを支配しているようにみえるとしても、有形的再製の中核をなす電子ファイル化の作業は法人被告らの管理下にあるとみられるのであって、複製における枢要な行為を法人被告らが行っているとみるのが相当である。

また、被告らは、法人被告らが補助者にすぎないと主張する。利用者がその手足として他の者を利用して複製を行う場合に、「その使用する者が複製する」と評価できる場合もあ

るであろうが、そのためには、具体的事情の下において、手足とされるものの行為が複製のための必要な行為であって、その必要な行為が利用者の管理下にあるとみられることが必要である。本件においては、上記のとおり、法人被告らは利用者の手足として利用者の管理下で複製しているとみることはできないのであるから、利用者が法人被告らを手足として自ら複製を行ったものと評価することはできない。」とした。

法 30 条 1 項適用の可否について、「被告らは、法人被告らのスキヤニングについて、そのスキヤン事業の利用者が複製の主体であって、法人被告らはそれを補助したものであるから、著作権法 30 条 1 項の私的使用のための複製の補助として、法人被告ら行為は適法である旨主張する。

しかし、……本件において著作権法 30 条 1 項の適用は問題とならないし、また、本件における書籍の複製の主体は法人被告らであって利用者ではないから、被告らの主張は事実関係においてもその前提を欠いている。

したがって、被告らの主張は理由がない。」として被告らの主張を退けた。

自炊代行事件 I 控訴審

複製の主体について「「著作権者は、その著作物を複製する権利を専有する。」(著作権法 21 条) ところ、「複製」とは、著作物を「印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により有形的に再製すること」である(同法 2 条 1 項 15 号)。そして、複製行為の主体とは、複製の意思をもって自ら複製行為を行う者をいうと解される。

本件サービスは、……控訴人ドライブレッジに書籍の電子ファイル化を申し込む、②利用者は、控訴人ドライブレッジに書籍を送付する、③控訴人ドライブレッジは、書籍をスキヤンしやすいように裁断する、④控訴人ドライブレッジは、裁断した書籍を控訴人ドライブレッジが管理するスキヤナーで読み込み電子ファイル化する、⑤完成した電子ファイルを利用者がインターネットにより電子ファイルのままダウンロードするか又は DVD 等の媒体に記録されたものとして受領するという一連の経過をたどるものであるが、スキヤナーで読み込み電子ファイル化する行為が、本件サービスにおいて著作物である書籍について有形的再製をする行為、すなわち「複製」行為に当たることは明らかであって、この行為は、本件サービスを運営する控訴人ドライブレッジのみが専ら業務として行っており、利用者は同行為には全く関与していない。

そして、控訴人ドライブレッジは、独立した事業者として、営利を目的として本件サービスの内容を自ら決定し、スキヤン複製に必要な機器及び事務所を準備・確保した上で、インターネットで宣伝広告を行うことにより不特定多数の一般顧客である利用者を誘引し、その管理・支配の下で、利用者から送付された書籍を裁断し、スキヤナで読み込んで電子ファイルを作成することにより書籍を複製し、当該電子ファイルの検品を行って利用者へ納品し、利用者から対価を得る本件サービスを行っている。そうすると、控訴人ドライブレッジは、利用者と同対等な契約主体であり、営利を目的とする独立した事業主体として、

本件サービスにおける複製行為を行っているのであるから、本件サービスにおける複製行為の主体であると認めるのが相当である。」と示した。

また、「控訴人らは、本件サービスにおいて、「特定の」書籍の所有者（処分権者）による書籍の取得、送付がなければ、およそ書籍の電子ファイル化などすることができないことから、利用者による「特定の」書籍の取得及び送付こそが、書籍の電子ファイル化にとって「不可欠の前提行為」であり「枢要な行為」にほかならず、利用者は本件サービスを利用しなくても、利用者自ら書籍を電子ファイル化することが可能であって、控訴人ドライバレッジは、利用者自身が実現不可能な複製を可能としているのではないし、利用者が取得していない書籍や取得し得ない書籍を電子ファイル化しているものでもないから、控訴人ドライバレッジの行為が複製の実現について「枢要な行為」ということはできず、控訴人ドライバレッジは複製行為の主体ではない旨主張する。

しかし、控訴人ドライバレッジは、独立した事業者として、本件サービスの内容を決定し、スキャン複製に必要な機器及び事務所を準備・確保した上で、インターネットで宣伝広告を行うことにより不特定多数の一般顧客である利用者を誘引し、その管理・支配の下で、利用者から送付された書籍を裁断し、スキャナで読み込んで電子ファイルを作成することにより書籍を複製し、当該電子ファイルの検品を行って利用者に納品し、利用者から対価を得る本件サービスを行っている。したがって、利用者が複製される書籍を取得し、控訴人ドライバレッジに電子ファイル化を注文して書籍を送付しているからといって、独立した事業者として、複製の意思をもって自ら複製行為をしている控訴人ドライバレッジの複製行為の主体性が失われるものではない。また、利用者による書籍の取得及び送付がなければ、控訴人ドライバレッジが書籍を電子ファイル化することはないものの、書籍の取得及び送付自体は「複製」に該当するものではなく、「複製」に該当する行為である書籍の電子ファイル化は専ら控訴人ドライバレッジがその管理・支配の下で行っているのである。控訴人ドライバレッジは利用者の注文内容に従って書籍を電子ファイル化しているが、それは、利用者が、控訴人ドライバレッジが用意した……本件サービスの内容に従ったサービスを利用しているにすぎず、当該事実をもって、控訴人ドライバレッジによる書籍の電子ファイル化が利用者の管理下において行われていると評価することはできない。また、利用者は本件サービスを利用しなくても、自ら書籍を電子ファイル化することが可能であるが、そのことによって、独立した事業者として、複製の意思をもって自ら複製行為をしている控訴人ドライバレッジの複製行為の主体性が失われるものではない。

控訴人らは、本件サービスにおいては、利用者が、特定の書籍の電子ファイル化を計画し、その書籍を調達し、控訴人ドライバレッジにその書籍を送付し、電子ファイル化を依頼し、さらに複製された電子ファイルを利用者自身が使用していること、複製された電子ファイルは利用者しかアクセスできないインターネットページからダウンロードされること、控訴人ドライバレッジは、電子ファイル化した書籍を廃棄処分し、さらには電子化したファイルに個人情報（住所、氏名、注文番号等）を入力することで、利用者がデータを

流通、転用した場合に、個人の責任を容易に追及できるようにしていること、利用者は、電子ファイル化の発意、書籍の調達、送付から使用に至るまで、終始関与し、利用者の責任において書籍を電子ファイル化しているといえること、書籍の電子ファイル化は、通常、利用者ができない態様での複製ではないことからすれば、本件サービスにおいて、書籍の調達、送付行為が持つ意味は大きく、利用者が、書籍の電子ファイル化を「管理」しているのであるから、スキャン行為の主体は利用者であって、控訴人ドライバレッジは利用者の「補助者」ないし「手足」にすぎず、控訴人ドライバレッジの複製行為の主体性は阻却される旨主張する。

一般に、ある行為の直接的な行為主体でない者であっても、その者が、当該行為の直接的な行為主体を「自己の手足として利用してその行為を行わせている」と評価し得る程度に、その行為を管理・支配しているという関係が認められる場合には、その直接的な行為主体でない者を当該行為の実質的な行為主体であると法的に評価し、当該行為についての責任を負担させることがあり得るといえることができる。

しかし、……利用者は、控訴人ドライバレッジが用意した本件サービスの内容に従って本件サービスを申し込み、書籍を調達し、電子ファイル化を注文して書籍を送付しているものであり、控訴人ドライバレッジは、利用者からの上記申込みを事業者として承諾した上でスキャン等の複製を行っており、利用者は、控訴人ドライバレッジの行うスキャン等の複製に関する作業に関与することは一切ない。

そうすると、利用者が控訴人ドライバレッジを自己の手足として利用して書籍の電子ファイル化を行わせていると評価し得る程度に、利用者が控訴人ドライバレッジによる複製行為を管理・支配しているとの関係が認められないことは明らかであって、控訴人ドライバレッジが利用者の「補助者」ないし「手足」ということはできない。

したがって、控訴人らの上記主張は採用することができない。」とした。

法 30 条 1 項の適用可否について「①「個人的に又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ことを目的とする」こと、及び②「その使用する者が複製すること」を要件として、私的使用のための複製に対して著作権者の複製権を制限している。

そして、……控訴人ドライバレッジは本件サービスにおける複製行為の主体と認められるから、控訴人ドライバレッジについて、上記要件の有無を検討することとなる。しかるに、控訴人ドライバレッジは、営利を目的として、顧客である不特定多数の利用者に複製物である電子ファイルを納品・提供するために複製を行っているのであるから、「個人的に又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ことを目的とする」ということはできず、上記①の要件を欠く。また、控訴人ドライバレッジは複製行為の主体であるのに対し、複製された電子ファイルを私的使用する者は利用者であることから、「その使用する者が複製する」ということはできず、上記②の要件も欠く。

したがって、控訴人ドライバレッジについて同法 30 条 1 項を適用する余地はないといふべきである。」と判示した。

また、「控訴人らは、使用者の手足と評価できる者による複製であれば、その複製は、著作権法 30 条 1 項の「その使用する者」による複製と法的に評価され、または、複製行為の主体である使用者については、同条項の私的複製に当たり、複製権侵害が認められないのであるから、その効果が使用者の手足として複製行為をした者にも及び、同人についても、複製権侵害が認められないこととなるところ、仮に、控訴人ドライブレッジが複製行為の主体と認められたとしても、本件においては、利用者も複製行為の主体と認められ、利用者と控訴人ドライブレッジの共同主体となるが、控訴人ドライブレッジは利用者の手足として書籍を電子ファイル化しているのであるから、控訴人ドライブレッジについては同条項が適用される旨主張する。

しかし、……本件サービスにおいて、控訴人ドライブレッジを利用者の「補助者」ないし「手足」と認めることはできないから、控訴人らの上記主張はそもそも前提となる事実を欠き、採用することができない。」としている。

さらに法 30 条 1 項の趣旨について「控訴人らは、著作権法 30 条 1 項の趣旨は、私的複製は零細、微々たるものであるから、これが行われても著作権者に与える影響が軽微なこと、私的領域内の私人の自由な行為を保障すべきことにあるところ、本件サービスは、利用者個人が、私的領域において自由かつ簡単にできる書籍の電子ファイル化を代行するものにすぎず、利用者が書籍の購入、電子ファイル化する書籍の選別、送付、電子ファイルの様式に関する具体的な指示等をしていることから、利用者の私的領域内における自由な行為を実現するものであり、また、本件サービスにおいては、利用者が適法に取得した書籍を対象としており、権利者に対価が還元されていること、電子ファイル化に供された書籍は廃棄され、同一書籍から複数回の複製がされることはなく、大量複製を誘発しないこと、明示的に電子ファイル化を拒否する権利者の書籍については不可作家として本件サービスを利用できないことなど、本件サービスは零細な事業であり、著作権者に経済的な不利益を与えるものではないことをも考慮すれば、本件サービスによる書籍の電子ファイル化については、同条項の趣旨が妥当し、仮に控訴人ドライブレッジが利用者の手足といえないような場合であっても、控訴人ドライブレッジによる複製は利用者である「その使用する者」がした複製に当たり、同条項の適用がある旨主張する。

著作権法 30 条 1 項は、個人の私的な領域における活動の自由を保障する必要性があり、また閉鎖的な私的領域内での零細な利用にとどまるのであれば、著作権者への経済的打撃が少ないことなどに鑑みて規定されたものである。そのため、同条項の要件として、著作物の使用範囲を「個人的に又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ことを目的とする」（私的使用目的）ものに限定するとともに、これに加えて、複製行為の主体について「その使用する者が複製する」との限定を付すことによって、個人的又は家庭内のような閉鎖的な私的領域における零細な複製のみを許容し、私的複製の過程に外部の者が介入することを排除し、私的複製の量を抑制するとの趣旨・目的を実現しようとしたものと解される。そうすると、本件サービスにおける複製行為が、利用者個人が私的

領域内で行い得る行為にすぎず、本件サービスにおいては、利用者が複製する著作物を決定するものであったとしても、独立した複製代行業者として本件サービスを営む控訴人ドライバレッジが著作物である書籍の電子ファイル化という複製をすることは、私的複製の過程に外部の者が介入することにほかならず、複製の量が増大し、私的複製の量を抑制するとの同条項の趣旨・目的が損なわれ、著作権者が実質的な不利益を被るおそれがあるから、「その使用する者が複製する」との要件を充足しないと解すべきである。」と示した。

自炊代行事件Ⅱ第一審

まず著作権法 30 条 1 項適用の可否の前提として、サービスにおける複製の主体について「被告タイムズ及び被告ビー・トゥ・システムズは、本件事業における複製行為の主体は、被告会社らにスキャン及び電子ファイルの作成を依頼した利用者であり、被告タイムズ及び被告ビー・トゥ・システムズは、利用者が個人的に使用することを目的として複製を行うことを代行し、あるいはその手足として複製を行うにすぎないから、複製の主体はあくまで利用者であって、本件事業は、利用者の行う私的複製として適法である旨主張する。

そこで、まず本件事業において複製行為を行っている主体が誰かであるかにつき検討する。

複製の主体の判断に当たっては、複製の対象、方法、複製への関与の内容、程度等の諸要素を考慮して、誰が当該著作物の複製をしているといえるかを判断するのが相当であり、その複製の実現に当たり枢要な行為をしている者が複製の主体であるといえることができる（最高裁平成 23 年 1 月 20 日第一小法廷判決・最高裁平成 21 年(受)第 788 号・民集 65 巻 1 号 399 頁参照。).

これを本件についてみると、本件における複製の対象は、利用者が提供する書籍であり、問題とされる複製行為は、書籍をスキャナーで読み取って電子化されたファイルを作成することにあるところ、本件事業における一連の作業は、……利用者においてインターネットのウェブサイトから書籍の電子化を申し込み、直接被告会社らの指定する場所にこれを郵送等するか、あるいは、書籍の販売業者等から直接被告会社らの指定する場所に郵送等し、これを受領した被告会社らにおいて、書籍を裁断するなどしてスキャナーで読み取り、書籍の電子ファイルを作成して、完成した電子ファイルを利用者がインターネットを通じてダウンロードするか、電子ファイルを格納した DVD ないし USB 等の送付を受ける、というものである。

これら一連の作業をみると、書籍を受領した後に始まる書籍のスキャナーでの読み込み及び電子ファイルの作成という複製に関連する行為は、被告会社の支配下において全ての作業が行われ、その過程に利用者らが物理的に関与することは全くない。

上記によれば、本件事業において、書籍をスキャナーで読み取って電子化されたファイルを作成するという複製の実現に当たり枢要な行為を行っているのは被告会社らであるといえることができる。そうすると、本件事業における複製行為の主体は被告会社らであり、

利用者ではないというべきである。」と示した。

次に法 30 条 1 項の適用について「著作権法 30 条 1 項は、著作権の目的となっている著作物は、個人的に又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こと（以下「私的使用」という。）を目的とするときは、同項 1 号ないし 3 号に定める場合を除き、その使用する者が複製することができる旨規定している。そうすると、同条項にいう「その使用する者が複製する」というためには、使用者自身により複製行為がされるか、あるいは使用者の手足とみなしうる者によりこれがされる必要があるというべきところ、既に検討したとおり、被告タイムズ及び被告ビー・トゥ・システムズは、本件事業における複製の主体であって、使用者自身でも、使用者の手足とみなしうる者でもないのであるから、本件においては、著作権法 30 条 1 項にいう「その使用する者が複製する」の要件を満たすとはいえず、したがって、同条が適用されるものではないと認めるのが相当である。」と判示した。

3.2.3.3. 行為主体の判断基準について

両事件第一審では、複製の主体を判断する方法としてロクラク II 事件最高裁判決で示された、複製の実現における「枢要な行為」を行っている者が複製の主体であるという基準を採用している。そして、サービスにおける枢要な行為とは書籍の電子ファイルを作成することであり、これを行っているサービス提供者が複製の主体であるとした。一方、自炊代行事件 I 控訴審ではロクラク II 事件最高裁判決を引用せず、著作権法 2 条 1 項 15 号で示された複製の定義である「印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により有形的に再製すること」を示し書籍の電子ファイル作成が有形的に再製することに該当するとし、サービス提供者を複製の主体であると判示した。

両事件第一審がロクラク II 事件最高裁判決を引用したことに関して、既に様々な評者で指摘されているように⁸⁰、その意図について疑問が残る。自炊代行事件 I 控訴審のように、サービス提供者は書籍の電子ファイル化という物理的な行為を行っていることから、いわゆる枢要な行為という基準を引用せずともサービス提供者を行為主体であるとするのは容易であるように考えられるからである。ここで、両事件第一審において利用者の行為主体性が明確に否定されていることに注目すると、両事件第一審は、複製の実現における枢要な行為を行っている者こそが複製主体であると考えているのではないだろうか。

自炊代行サービスにおいてサービス提供者の行為主体性を肯定する際に、枢要な行為という基準を用いる必要はなかった、という指摘は、複製主体の判断を、物理的な行為を基本として一定の場合には物理的な行為を行っていない者であったとしても複製主体である

⁸⁰ 池村聡「判批」NBL 1015 号 7 頁（2013）、横山久芳「判批」ジュリスト 1463 号 38 頁（2014）、辰巳直彦「判批」ジュリスト 1466 号 281 頁（2014）、高瀬亜富「判批」CIPIC ジャーナル 218 巻 37 頁（2014）、松田俊治「判批」著作権研究 41 号 150 頁（2014）、谷川和幸「判批」Law&Technology 64 号 77 頁（2014）

と判断されうる、という考えを背景に持つものである。これに対し両事件第一審は、物理的に複製している者は誰か、ということ複製主体探索の出発点とせず、枢要な行為という基準を用いて複製主体を探索していると考えられる⁸¹。しかし、両事件第一審が自炊代行サービスにおける枢要な行為を書籍の電子ファイル化という行為だとしたことから、枢要な行為という基準を用いることが不必要に見えたのだと思われる。

両事件の第一審はこのような過程を経て複製主体を判断しているのに対し、自炊代行事件Ⅰ控訴審の行為主体判断は明快である。また、控訴人らが主張する、「特定の」書籍の取得及び送付こそが「枢要な行為である」というのは、より規範的な主体判断に基づくものであるといえる。この主張に対して、控訴審は「独立した事業者として、複製の意思をもって自ら複製行為をしている控訴人ドライバレッジの複製行為の主体性が失われるものではない。」としている。このことから、控訴審も多数の学説と同じように、複製主体の判断は、物理的な行為を基本として一定の場合には物理的な行為を行っていない者であったとしても複製主体であると判断されうる、という考えを基礎としていると思われる。

3.2.3.4. 検討

ロクラクⅡ事件最高裁判決や自炊代行事件Ⅰ・Ⅱは、行為主体の問題を複雑にしたといえる。一方では物理的な複製行為ではない、情報の入力行為を重要視し、もう一方では物理的な複製行為を重要視した。ロクラクⅡ事件最高裁判決では規範的に複製主体が判断され、自炊代行事件Ⅰ控訴審では物理的な複製への関与が行為主体探索の出発点とされた。また、自炊代行事件両第一審では、ロクラクⅡ事件最高裁判決を引用したものの、最終的には物理的な行為が重要視されている。つまり、経済的、社会的側面も含めた規範的な行為主体判断が行われる場合と物理的・自然的な観察に基づく主体判断が行われる場合とを分けているものは何か、という問題である。この問題は換言すれば、複製とみなす行為について物理的な複製行為を重視するかそれ以外の行為を重視するか、という判断である。これには、そもそも規範的な複製主体判断を行うか否かという問題も含まれる。自炊代行事件両第一審から、主体判断の枠組みが規範的なものであったとしても、その検討において物理的な行為が重視されるのであれば、物理的な行為を出発点とした主体探索と変わるものではないからである。

ロクラクⅡ事件最高裁判決の出現によって、なにか「枢要な行為」なのか、つまり、重要視すべき行為とその理由が問題になった⁸²。しかし、自炊代行事件Ⅰ控訴審の登場によって、どのような場合には物理的な複製行為を重視し、どのような場合にはそれ以外の行為を重視するのかということもまた問題になったと考える。行為主体が問題となる事件の全てにおいてロクラクⅡ事件最高裁判決程度の規範的な行為主体判断が行われるのであれば、

⁸¹ 小坂氏や金子氏による、自炊代行サービスへの「枢要な行為」基準の当てはめにおいても、このような考え方が採用されていると考えられる。(前掲注 68)小坂、金子・60 頁(2011)

⁸² 前掲注 53) 作花・56 頁

自炊代行事件両第一審のように何が「枢要な行為」なのかという問題にとどまった。しかし、自炊代行事件Ⅰ控訴審は物理的な行為を非常に重要視した。自炊代行事件Ⅰ控訴審がロクラクⅡ事件最高裁判決とは異なった基準を示したことによって、ロクラクⅡ事件最高裁判決又は自炊代行事件Ⅰ控訴審は、主体判断の際に結論が先行していることを指摘できるのではないだろうか。

自炊代行事件Ⅰ控訴審のように、仮に複製主体は物理的な行為が主体探索の出発点であるという立場をとる。このように考えると、何故ロクラクⅡ事件最高裁はサービス利用者を行為主体だとみなさなかつたのか、なぜ情報の入力行為が「枢要な行為」なのかという疑問が生じる。この点については3.2.3で検討したが、大きな疑問として残っている。録画指示行為や他の行為よりも情報の入力行為を最重要視する理由は判然としない。

これに対しては、ロクラクⅡ事件最高裁判決は判決設定事例におけるものであり、例外であるという反論が考えられる。しかし、ロクラクⅡ事件最高裁判決を例外とするのであれば、ロクラクⅡ事件最高裁判決の設定事例「放送番組等の複製物を取得することを可能にするサービスにおいて、サービスを提供する者（以下「サービス提供者」という。）が、その管理、支配下において、テレビアンテナで受信した放送を複製の機能を有する機器（以下「複製機器」という。）に入力していて、当該複製機器に録画の指示がされると放送番組等の複製が自動的に行われる場合」が他の行為主体が問題となる場合と比較してどのような点が特別なのか示されなければならないはずである。

したがって、物理的な行為を重要視する立場に立ち行為主体を判断する場合、ロクラクⅡ事件最高裁判決は、サービス提供者を侵害とする結論が先行していたと指摘できるのではないだろうか。

反対に、行為主体の探索は規範的行為主体論によるべきであるとする。自炊代行事件両第一審のようにロクラクⅡ事件最高裁判決の「枢要な行為」を引用せずとも、カラオケ法理のような管理性と利益性によって主体を判断する方法も考えられる。

このように考えると、自炊代行事件Ⅰ控訴審について、自炊代行業者を複製主体であるとした理由について疑問が生じる。ロクラクⅡ事件最高裁判決における金築裁判官の補足意見によれば、「著作権法 21 条以下に規定された「複製」、「上演」、「展示」、「頒布」等の行為の主体を判断するに当たっては、もちろん法律の文言の通常の意味からかけ離れた解釈は避けるべきであるが、単に物理的、自然的に観察するだけで足りるものではなく、社会的、経済的側面をも含め総合的に観察すべき」である。したがって、自炊代行事件Ⅰ控訴審のように複製主体の探索においては物理的な複製という物理的、自然的な観察のみで主体を決定するべきではなかったと考えられる。

そのため、自炊代行事件Ⅰ控訴審は、主体探索を意図的に物理的、自然的な観察にとどめているといえるのではないだろうか。つまり、サービス提供者が著作権侵害の責任を負うべきであるという結論の先行があったと指摘できるのではないだろうか。

4. 結論

4.1. カラオケ法理と枢要な行為論の問題

4.1.1. カラオケ法理の問題点

クラブ・キャッツアイ事件最高裁判決により誕生し、その後の間接侵害が問題となる裁判に採用されることによって定式化したカラオケ法理は、さまざまな裁判で用いられるなかで、クラブ・キャッツアイ事件最高裁判決において示されたものからその内容は変化した。

その結果、カラオケ法理には、次の3点の問題を指摘できると考えられる。1.人的な関係という制限の緩和により行為主体と判断される対象が広がった点、2.問題となったサービスを差し止めるという目的のためにカラオケ法理が使用されている点、2つめの問題点と関連するが、3.カラオケ法理の考慮要素が多様であり、どのような場合に要件を満たしているといえるかが不明確な点である。

1つ目の問題点である、カラオケ法理の人的な関係という制限の緩和について、クラブ・キャッツアイ事件におけるカラオケ法理は、著作物利用に間接的に関与している者と物理的に著作物を利用している者との間に人的な関係を求めるものであると考えられる⁸³。しかし、その後のカラオケ法理によってサービス提供者の行為主体性が肯定されたファイルログ事件においては、著作物利用に関与している者と物理的な利用者との間に人的な関係はない。ファイルログサービスはインターネットを通じてファイル交換を行うためのシステムを提供するものであり、ここに物理的な著作物利用者とサービス提供者との間には人的な関係がない。この人的な関係という制限がなくなったことによって、ファイルログ事件以降、カラオケ法理は著作物利用のための機器・システムを提供するサービスが問題とされた裁判で採用され、サービス提供者の行為主体性が肯定されている。

クラブ・キャッツアイ事件においては、歌唱するか否かは客の自由であるため、手足論において要求されるほどの密接な人的関係は存在しない⁸⁴ことから、カラオケ法理は手足論が緩和されたものだと考えられる。カラオケ法理をこのように考えた場合、カラオケ法理は人的な関係を起点として、管理性と利益性により行為主体を判断するものであるといえるが、人的な関係性が存在しない場合、管理・支配要件が抽象化され⁸⁵どのような場合に要件が満たされるのかが不明確になり、行為主体とされる対象が大きく広がる。人的な関係があれば、クラブ・キャッツアイ事件と同程度に物理的な利用者の行為を支配・管理して

⁸³ 奥邨氏はクラブ・キャッツアイ事件におけるカラオケ法理について、管理要件の対象は店の従業員であり、物理的な利用者の行為を従業員の行為と同視し、店の経営者の行為と同視するものであると指摘する。(前掲注3) 奥邨9頁) また、田村氏はカラオケ法理は当初、間接関与者と直接利用者との間に人的な指示等を認めることができなくはないものに用いられてきたとしている。(前掲注1) 田村・43頁) その他、前掲注20) 柴田も参照。

⁸⁴ 手足論においては雇用関係等の密接な支配関係が求められ、間接関与者に行為主体性が認められるのは、その密接な支配関係ゆえであるとされる。(前掲注15) 島並[ほか]・265頁)

⁸⁵ 前掲注1) 田村・53頁

いるといえるかを判断できるが、人的な関係がなくシステムや機器が提供されているのみの場合には判例法理を適切に採用しているか否かを判断することが難しい。そのため、著作物利用に間接的に関与している者と物理的な利用者の中に人的な関係がない場合にまでカラオケ法理を適用しようとし、カラオケ法理を変容させるべきではなかったと考えられる。

2つめの問題は、サービスを差し止めるべきである、という結論ありきでカラオケ法理が採用されている場合があるという点である。このようなカラオケ法理の用いられ方は、ファイルログ事件控訴審と選撮見録事件抗告審において典型的に示されている。ファイルログ事件控訴審においてサービス提供者が行為主体であると判断された理由の一つとして、物理的な利用者の著作権侵害行為が存在したことが考えられる。ファイルログ事件控訴審の判旨では、「控訴人会社はまさに自らコントロール可能な行為により侵害の結果を招いている者として、その責任を問われるべきことは当然であり、控訴人会社を侵害の主体と認めることができるというべきである」と示されている。つまり、ファイルログサービスによって引き起こされている侵害行為を止めるためにファイルログサービスのサービス提供者を著作物利用行為の主体であるとしたと考えられる⁸⁶。行為主体判断の結果として主体が決定し、その後、その主体の利用行為が侵害か否かが判断されるにも関わらず、侵害を引き起こしているから責任を負うべきであるという、いわば結論先行的な理由により行為主体が判断されているといえる。また、選撮見録事件抗告審決定⁸⁷でも同趣旨の決定要旨が示されている。サービス提供者が支配している行為によって著作権侵害を招いていることから、サービス提供者に行為主体性を認めるというものである。

カラオケ法理は 2 要件の内でも特に管理・支配性によって行為主体を判断するものであるが、侵害を引き起こすか否かは管理・支配性に関連するものではない。カラオケ法理の問題は、管理・支配要件を肯定できるほどの管理が存在するか否かであり、物理的利用者の行為によって侵害を引き起こしているという、差し止めるべきか否かという問題とは検討の段階が異なるはずである。しかし、行為主体を判断する段階において、差し止めるべきか否かを考慮要素としてしまっている。したがって、カラオケ法理には、行為主体が問

⁸⁶ ファイルログ事件控訴審判決において「単に一般的に違法な利用もあり得るというだけにとどまらず、本件サービスが、その性質上、具体的かつ現実的な蓋然性をもって特定の種類の違法な著作権侵害行為を惹起するものであり、控訴人会社がそのことを予想しつつ本件サービスを提供して、そのような侵害行為を誘発し、しかもそれについての控訴人会社の管理があり、控訴人会社がこれにより何らかの経済的利益を得る余地があるとみられる事実があるときは、控訴人会社はまさに自らコントロール可能な行為により侵害の結果を招いている者として、その責任を問われるべきことは当然であり、控訴人会社を侵害の主体と認めることができるというべきである。」（下線は筆者によるもの）とされている。

⁸⁷ 選撮見録事件控訴審では次のように示されている。「控訴人商品における著作権、著作隣接権の侵害は、……放送番組に係る単一のファイルを複数の入居者が使用するという控訴人商品の構成自体に由来するものであり、……自らコントロール可能な行為により侵害の結果を招いている者として、規範的な意味において、独立して著作権、著作隣接権の侵害主体となると認めるのが相当である。」（下線は筆者によるもの）

題となる事例において行為主体を判断するための枠組みとして用いられるのではなく、物理的な著作物利用者ではない者に行為主体性を認めることによって、利用行為を差し止めるというカラオケ法理の効果ありきで採用されている場合があると考えられる。この点について上野氏は、「カラオケ法理は、これまで裁判官がみずからの衡平感覚に照らして望ましいと考える結論を導くためのいわば便利なツールとして使用されてきた」と指摘している⁸⁸。

3つめの問題は、カラオケ法理が採用される中で、要件を満たすとされる考慮要素が多様になり、どのような場合に管理・支配性を肯定できるのかが不明確になっているという点である。

2つめの問題点として示した、結論の先行についてファイルログ事件控訴審や選撮見録事件抗告審では、差止の対象の結論が先行し、行為主体が決定されたと考えられるが、録画ネット事件抗告審やロクラクⅡ事件第一審では、行為主体について結論の先行が見られる。両判決ともにカラオケ法理の管理・支配要件を検討する際に、サービスの内容・性質を考慮要素の一つとしている。その際、サービスの目的をサービス利用者に著作物を利用させるためである⁸⁹とし、行為主体を検討する時点ですでに行為主体を判断してしまっている。このようなことが起こる原因の一つとして、管理・支配性を満たすとされる理由として示される考慮要素が非常に多様になってしまったことが考えられる。もちろん事例ごとに著作物の利用様態は異なるため、カラオケ法理の要件を満たす理由は、個々の事例ごとに異なること⁹⁰は当然である。

しかし、カラオケ法理が採用される事例が増えることによって、要件を満たすとして挙げられた考慮要素もまた増え、増えた考慮要素がそれ以降の間接侵害が問題となる裁判に影響していく。前述の録画ネット事件抗告審やロクラクⅡ事件第一審はファイルログ事件で示された、サービスの内容・性質を考慮するカラオケ法理に影響された事例である。

また、サービスの内容・性質という考慮要素についてもいえることだが、管理・支配性が肯定される場合に挙げられる考慮要素は複数あり、その中には、間接関与者が利用行為または利用行為がおこなわれている機器・システムを管理しているとまではいえないと考えられるものも管理・支配性を満たす理由として挙げられている。例えば、サービスに専用ソフトウェアが用いられていることについては、ファイルログ事件や録画ネット事件においてサービス提供者の管理性を肯定する理由として挙げられている。しかし、インターネットを通じて提供されるサービスに専用のソフトウェアが必要であることは一般的で

⁸⁸前掲注 38) 上野 791 頁

⁸⁹ 録画ネット抗告審では、「本件サービスは、……海外に居住する利用者を対象に、日本の放送番組をその複製物によって視聴させることのみを目的としたサービスである」(下線は筆者によるもの)。また、ロクラクⅡ事件第一審では、「……日本国外の利用者に日本のテレビ番組の複製物を取得させるという本件サービスの目的」としている。

⁹⁰ クラブ・キャッツアイ事件最高裁判決の調査官解説においても、要件を満たす要素は事例ごとに異なるとしている。(前掲注 17) 水野・166 頁)

あり、このことがサービス提供者による管理を強める方向には働かないと考えられる。少なくとも、その専用ソフトウェアが著作物利用行為のためにどのような機能を提供しているかについて言及し、そこに管理・支配性があるかないかを判断するべきであろう。

カラオケ法理の考慮要素が多様になり、どのような場合に管理・支配性を肯定できるかが不明確になっていることは、サービス提供者の管理・支配性を否定する場面からも見て取れる。まねき TV 事件では控訴審までサービス提供者の行為主体性を否定しており、原告がカラオケ法理に基づき、被告のサービス提供者を行為主体であるとしていることから、まねき TV 事件に対するカラオケ法理の適用を検討している。この時、まねき TV 事件においてサービス提供者の行為主体性を否定する理由として挙げられているのは、録画ネット事件においてサービス提供者の行為主体性を肯定する理由として挙げられたものを否定したものであることがわかる⁹¹。

⁹¹ 録画ネット事件抗告審では管理・支配性を肯定する理由として、「①本件サービスは、……海外に居住する利用者を対象に、日本の放送番組をその複製物によって視聴させることのみを目的としたサービスである、② 本件サービスにおいては、抗告人事務所内に抗告人が設置したテレビパソコン、テレビアンテナ、ブースター、分配機、本件サーバー、ルーター、監視サーバー等多くの機器類並びにソフトウェアが、有機的に結合して1つの本件録画システムを構成しており、これらの機器類及びソフトウェアはすべて抗告人が調達した抗告人の所有物であって、抗告人は、上記システムが常時作動するように監視し、これを一体として管理している、③ 本件サービスで録画可能な放送は、抗告人が設定した範囲内の放送（抗告人事務所の所在する千葉県松戸市で受信されたアナログ地上波放送）に限定されている、④ 利用者は、本件サービスを利用する場合、手元にあるパソコンから、抗告人が運営する本件サイトにアクセスし、そこで認証を受けなければ、割り当てられたテレビパソコンにアクセスすることができず、アクセスした後も、本件サイト上で指示説明された手順に従って、番組の録画や録画データのダウンロードを行うものであり、抗告人は、利用者からの問い合わせに対し個別に回答するなどのサポートを行っている、というのである。これらの事情によれば、抗告人が相手方の放送に係る本件放送についての複製行為を管理していることは明らかである。」としている。また、まねき TV 事件仮処分においては、「本件サービスにおいては、①それに使用される機器の中心をなし、そのままではインターネット回線に送信できない放送波を送信可能なデジタルデータにする役割を果たすベースステーションは、名実ともに利用者が所有するものであり、その余は汎用品であり、本件サービスに特有のものではなく、特別なソフトウェアも使用していないこと、②1台のベースステーションから送信される放送データを受信できるのはそれに対応する1台の専用モニター又はパソコンにすぎず、1台のベースステーションから複数の専用モニター又はパソコンに放送データが送信されることは予定されていないこと、③特定の利用者のベースステーションと他の利用者のベースステーションとは、全く無関係に稼

その一方で、録画ネット事件やまねき TV 事件とおなじテレビ番組の遠隔地への転送サービスが問題となったロクラク II 事件第一審においては、先の 2 つの事件とは異なる考慮要素によってサービス提供者の行為主体性を肯定している。まねき TV 事件においてカラオケ法理を通じ、行為主体性を否定する理由はそれ以前の裁判例で挙げられた行為主体性を肯定する理由をもとにしているのに対し、ロクラク II 事件第一審では事例に即してカラオケ法理の考慮要素が列挙され、サービス提供者の行為主体性が肯定されている。これらの裁判例からは、カラオケ法理という枠組みを利用する場合、行為主体性を肯定することは容易であるが、否定することは困難であることということがわかる。行為主体性を否定する場合には、先例に拘束されるが、肯定する場合には、その事例において管理・支配性を強めていると考えられるものを列挙することができるため、必ずしも先例に拘束されない。行為主体性が否定された事例としてスターデジオ事件が存在するが、スターデジオ事件において、争点となった著作物利用行為はそもそも、サービス提供者によるサービスに組み込まれていなかった。他の事例とは異なり、サービスを利用することで必ず著作物利用行為が伴うものではなかったのである。

先例に拘束されることなく、行為主体性が肯定できるカラオケ法理は、ある事例においてなぜ行為主体性を肯定できるほどの管理・支配性があるのかという、疑問がつきまとうことになる。

4.1.2. 枢要な行為論の問題点

枢要な行為論とは、ロクラク II 事件上告審で示された行為主体判断の方法である。ロクラク II 事件最高裁判決の射程は判旨で示された設定事例内とされている⁹²ものの、その後の行為主体が問題となった自炊代行事件 I・II 第一審で使用されたことに鑑みれば、枢要な行為論は、行為主体の判断が問題となる事例に対し影響力があると考えられる⁹³。そして、ロクラク II 事件最高裁判決の自炊代行事件両第一審における引用のされ方から見て、「情報

働し、それぞれ独立しており、債務者が保管する複数のベースステーション全体が一体のシステムとして機能しているとは評価し難いものであること、④特定の利用者が所有する 1 台のベースステーションからは、当該利用者の選択した放送のみが、当該利用者の専用モニター又はパソコンのみに送信されるにすぎず、この点に債務者の関与はないこと、⑤利用者によるベースステーションへのアクセスに特別な認証手順を要求するなどして、利用者による放送の視聴を管理することはしていないことに照らせば、……放送データを専用モニター又はパソコンに送信するのは、……利用者であり、……放送データを受信する者も、……本件サービスの利用者自身であるということが出来る。」

⁹² 前掲注 60) 柴田・113 頁

⁹³ 小泉氏は、ある事業が判決の射程外であったとしても、判決の趣旨からみて事業者が主体と判断されるという場合はあるのか、それはどのような場合か、という判断が法律家に求められる、としている。(前掲注 74) 小泉・11 頁)

の入力」や著作物の取得といったロクラクⅡ事件最高裁判決で重要な行為とされた行為を行っている者が行為主体とされるわけではなく、問題となっているサービス・利用様態においてどのような行為が重要な行為なのかが判断される、という形で重要な行為論が引用されると考えられる。

このように考えた場合、ロクラクⅡ事件最高裁判決には、「情報の入力」行為が複製に関連する行為の中でなぜ最も重要な行為とすることができるのかが明確に示されていないという問題がある。最高裁判決では、原審で重要視されたサービス利用者の録画指示行為を否定する形で「情報の入力」行為の重要性が示されて⁹⁴いる。そして、「情報の入力」行為が重要な行為であるとしている理由は、その行為がなければ複製はおよそ不可能であるとするものである。特定の行為を複製に関連する行為の中で最も重要であるとする理由が示されていないため、重要な行為論を他の裁判例で採用する際に、ある行為が重要であるといえる根拠が乏しくなる。その行為がなければ、複製はおよそ不可能であるという観点から重要な行為を考える場合には、最高裁で否定されたサービス利用者の録画指示行為すら、重要な行為とすることができる⁹⁵ことになる。機器内で複製が行われる起点となる行為は録画指示行為であるといえるのではないだろうか。その意味において、録画指示行為がなされなければ著作物の複製も起きえない。

重要な行為論については、この行為主体判断の基準を採用する場合に、それが判例法理を適切に採用したものか否か判断することが非常に困難であるといえる。

4.1.3. 規範的行為主体判断の問題点

カラオケ法理や重要な行為論は、物理的に著作物を利用していない者を直接利用者と同視する規範的行為主体判断のための判断方法であり、著作物の利用主体が問題となる事例で利用されていくと考えられる。しかし、前述のように2つの基準には問題点も存在する。カラオケ法理については、最高裁判決で示されたものよりも対象となる範囲が大きく広がったこと、責任を負わせたい者についての結論が先行しその者を行為主体とするためにカラオケ法理が利用されている場合があること、考慮要素が多様化し要件を満たすといえるか否かが複雑になったことが考えられる。また重要な行為論については、判決設定事例が示されていることから当該事例に即した判決であり、行為主体が問題となる事例に影響力を持つと考えられるにもかかわらず、その基準を他の事例に引用するための根拠が不明

⁹⁴ ロクラクⅡ事件最高裁判決においては、「サービス提供者は、単に複製を容易にするための環境等を整備しているにとどまらず、その管理、支配下において、放送を受信して複製機器に対して放送番組等に係る情報を入力するという、複製機器を用いた放送番組等の複製の実現における重要な行為をしており、複製時におけるサービス提供者の上記各行為がなければ、当該サービスの利用者が録画の指示をしても、放送番組等の複製をすることはおよそ不可能なのであり、サービス提供者を複製の主体というに十分であるからである。」（下線は筆者によるもの）と示している。

⁹⁵前掲注 53) 作花・52頁、前掲注 72) 三村・103頁

確だという点である。

2つの基準に共通して、その後続く裁判例において基準の問題が表出している。これは、2つの基準の根拠が明確でないことに由来するものであると考えられる。根拠が明確であれば、明示された基準に加えその根拠となる部分から、基準を引用し行為主体を判断することができる。これに対し、根拠が不明確な場合、その基準の趣旨を鑑みて引用することが難しくなる。

カラオケ法理に対し根拠が不明確であるという意見については、金築裁判官がロクラクⅡ事件最高裁判決において、「法概念の規範的解釈として、一般的な法解釈の手法の一つにすぎ」ず、行為主体判断はカラオケ法理的に社会的・経済的側面もふくめ総合的に考慮すべきであるとしている。つまり、カラオケ法理的な規範的行為主体判断は一般的な方法にすぎないというものである。しかし、このような規範的行為主体判断こそ、金築裁判官の補足意見において避けるべきであるとされている、「法律の文言の通常の意味からかけ離れた解釈」ではないだろうか。さらに、基準たる判例法理の根拠が不明確であるため、その後の引用が判例法理からかけ離れたものであるか否かの判断を難しくしている。

自然的・物理的な観察のみで直接利用者が決定されるのであれば、クラブキャッツアイ事件では客、ロクラクⅡ事件ではサービスの利用者というように一意に行為主体が決定されるであろう。しかし、経済的・社会的側面を行為主体の判断に含めることによって、行為主体であるとされる対象の範囲が広がっていく。つまり、社会的・経済的側面を重視すればするほど直接利用者であるとみなされうる対象が広がり、法律の通常の意味から離れるおそれがあるのではないだろうか。したがって、規範的な行為主体判断は、行為主体を物理的・自然的な観察だけでなく、社会的・経済的な側面も踏まえ総合的に考慮したとしても、その検討の起点を物理的・自然的な観察におくべきであると考ええる。

また、規範的行為主体判断の効果の一つとして、物理的な著作物利用者への権利制限該当性の判断を回避することが挙げられる。行為主体判断にはこのような効果があるため、仮に物理的な著作物利用者に権利制限規定が適用される余地があったとしても、行為主体の判断によりこれを問題とせず、利用行為を差し止めることができる。この効果はあるサービスを差し止めたい権利者にとってみれば望ましいものであるが、サービスの利用者である物理的な著作物利用者にとっては、適法とも思える利用行為を制限されることになる。行為主体判断に伴うこの問題を明確に指摘したのが、ロクラクⅡ事件控訴審であるといえる。ロクラクⅡ事件控訴審では物理的利用者の行為が権利制限規定により適法であることを重視し、行為者が増大・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い、とした。

一見適法とも思える利用行為をも差し止めてしまう場合がある規範的行為主体判断は、裁判所限りで機器やサービスに対する規制を創設する⁹⁶ものである。著作権制度の政策形成過程におけるバイアスによって権利がより広範に認められ、権利制限規定が狭く限定されて

⁹⁶ 前掲注1) 田村・67頁

いるという指摘⁹⁷を踏まえれば、裁判所においてはこのバイアスを強くするのではなく矯正する方向の解釈が必要ではないだろうか⁹⁸。

4.2. 著作物利用主体判断の考慮要素の検討

前節では、行為主体が問題となる場合に、規範的に行為主体を判断することの問題点を指摘した。しかし、現実には行為主体が問題となる裁判においては、カラオケ法理や枢要な行為論によって行為主体が判断される場合が多いことが予想される。ロクラクⅡ事件において自然的・物理的観察を重視したと考えられる控訴審判決が最高裁で否定されたこと、自炊代行事件Ⅰ・Ⅱ第一審では枢要な行為論が用いられたことを考えれば、今後の間接侵害の事例においてもいわゆる規範的行為主体判断によって行為主体が検討されるだろう。そこで本節では、規範的行為主体判断の考慮要素について検討する。

4.2.1. 権利制限規定の観点を踏まえた行為主体判断

行為主体を判断する際には、自然的・物理的な観察では足りず社会的・経済的側面を含め総合的に考慮すべきである⁹⁹とされているが、物理的な利用者の権利制限該当性は規範的な行為主体判断によって常に判断を回避されるおそれがある。このことから行為主体判断は物理的・自然的な観察よりも社会的・経済的側面に目を向け、より規範的に行為主体を判断しようとするものであると考えられる。しかし、物理的な著作物利用者に権利制限規定が適用されるか否かは、適法な行為が規範的行為主体判断の結果によって制限されてしまうおそれがあるという点で重要であるといえる。そのため、行為主体判断の考慮要素として、権利制限規定の観点を踏まえる必要があるのではないだろうか。

本論文では、権利制限規定の一つである著作権法 30 条 1 項の私的複製に着目し、複製主体を判断する際の考慮要素について検討を行う。私的複製を取り上げる理由は以下の 2 つである。複製行為は、前章で取り上げた事例の中でも、クラブ・キャッツアイ事件、まねき TV 事件を除き、数多くの事例に関連している。また、私的複製には「その使用する者」が複製すること、という要件が定められている。この「使用する者」は著作物を享受する者であり、3 章で紹介した事例においてはサービスの利用者と考えられる。しかし、規範的行為主体判断によって複製する者が複製物を使用しない者、サービス提供者であると評価された場合、著作物を享受するサービス使用者の行為は私的複製に該当しないことになる。このように、私的複製においては、著作物を享受する者と法的に著作物を利用していると評価される者が分かれる場合の影響が大きいと考えられるからである。

4.2.2. 私的複製の観点を踏まえた複製における重要な行為

⁹⁷ 田村善之「日本の著作権法のリフォーム論」知的財産法政策学研究 44 巻 33 頁 (2014)

⁹⁸ 前掲注 97) 田村・57 頁

⁹⁹ ロクラクⅡ事件最高裁判決における金築裁判官の補足意見

私的複製については、著作権法 30 条 1 項で次のように定められている。

第三十条 著作権の目的となつている著作物は、個人的に又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ことを目的とするときは、次に掲げる場合を除き、その使用する者が複製することができる。

これまでに私的複製の趣旨として指摘されているものに、零細であるため権利者への影響が少ない¹⁰⁰、権利を実効的に及ぼすことができない¹⁰¹、私的領域内での行動の自由¹⁰²、が挙げられる。

これらの趣旨の内、私的複製が私的領域に権利を実効的に及ぼすことができないという理由によって認められているとするのであれば、行為主体の判断によって私的複製該当性の判断が回避されることは望ましいものであるということになる。しかし、著作権法 1 条では、著作権法の目的として、「これらの文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作者等の権利の保護を図り、もつて文化の発展に寄与すること」が定められている。また、法 30 条 1 項 1 号から 3 号、法 30 条 2 項によって複製方法に対して制限を加え、補償金制度を設けるなどの方法で、私的複製に係る利用者と権利者の利益を調整している。これらのことから、法 30 条もまた、権利保護の実態の反射ではなく、権利者と利用者の利益を調整するために定められていると考えられる¹⁰³。したがって、私的複製は権利者利益へ影響の些少性と私的領域内での行動の自由¹⁰⁴から正当化されるものであると考える。

権利者に対する経済的な損害が些少であること、に注目すると、複製物の利用目的が私的使用目的に限られていることはもちろん、私的複製の要件として「その使用する者が複

¹⁰⁰ 斉藤博『著作権法第 3 版』228 頁（有斐閣、2007）、横山久芳「知的財産法の重要論点 著作権の制限（1）」法学教室 341 号 141 頁（2009）、半田正夫[ほか]『著作権法コンメンタール 2』128 頁〔宮下佳之〕（勁草書房、2009）、前掲注 15）島並良[ほか]・161 頁

¹⁰¹ 田村善之『著作権法概説第 2 版』198 頁（有斐閣、第 2 版 2001）、辻田芳幸「私的領域をめぐる著作物利用規整の系譜」逸見慎一『知的財産法の系譜小野昌延先生古希記念論文集』522 頁（青林書院、2002）、前傾注 15）島並[ほか]・161 頁、前傾注 98）横山・141 頁

¹⁰² 飯村敏明「権利制限規定の解釈における課題」著作権法研究 35 号 117 頁（2008）、前傾注 100）斉藤・228 頁、前傾注 15）島並[ほか]・161 頁、前傾注 101）田村・198 頁、横山・前傾注 100）141 頁

¹⁰³ 私的複製をこのように理解するものとして、小泉直樹「著作権等権利制限規定と契約・技術的保護手段のインターフェイス」コピーライト 507 号 2 頁（2003）、前掲注 100）横山・136 頁、がある。

¹⁰⁴ 島並氏は、著作権法の正当化根拠としてのインセンティブ論の観点から、権利者が無視できる程度の損害であれば、創作の誘因を左右しない部分に権利の網かけることができないことから、権利者への損害が少ないことが私的複製の正当化根拠とされていると指摘する。また、私的領域における行動の自由については、非財産的な利益に関するものであり、著作権を自然権論的なものと捉えた場合、他人の私的活動の自由を侵さない範囲での権利付与が認められることになるため、私的領域における行動の自由が私的複製を正当化する根拠になりうるとしている。（島並良「私的複製制度の理論的基礎（1）」著作権法研究 40 号 32 頁（2014））

製する」ことが求められていることで、私的複製の権利者への影響を少なくしていると考えられる。加戸氏はこの要件について、私的複製は零細な複製を許容するものであることから外部の者を介入させないためであるとしている¹⁰⁵。これは、大量の複製物という零細でない複製による権利者への影響を少なくしようとするものである。一方で、複製機器が家庭内にまで普及していることから、外部の業者に複製を委託することのみをもって大量複製の危険性から私的複製から除外されることは説得力に欠けるとの指摘¹⁰⁶もある。そのため、私的複製においては田村氏が指摘するように「その使用する者が複製する」ことを要求している趣旨が、私人である本人以外の者が複製する著作物を決定する場合には、特定の著作物について組織的に複製されることになりかねず、著作権者に与える影響を無視しえないからであるとすれば、肝要なことは使用者本人が何を複製するのかということを決めているのかということ¹⁰⁷であるといえるのではないだろうか。

また、私的領域での行動の自由という点からも、複製対象物の選択が重要であるといえる。私的複製が、権利者への経済的な損害の些少性と同時に、私的な領域における著作物の享受という利用者の利益が考慮されているものであると考えれば、当然に、享受の対象となる著作物は利用者が決定するものである。そして、著作物利用は、利用対象となる著作物が選択された上で利用行為が行われるのであるから、利用対象著作物の決定は実際の利用行為に直結する行動であるといえる。また、仮に、利用できる著作物の範囲が制限されているのであれば、利用者の私的な自由は制限されていることになり、利用者による複製対象著作物の選択は捨象されることになる。したがって、複製できる著作物の範囲の決定が複製における重要な行為であるといえるのではないだろうか。

4.2.3. 私的複製の観点を踏まえた複製主体の考慮要素と裁判例からの考慮要素

私的複製の観点を踏まえた複製主体判断の考慮要素としては、前項で述べたように、複製可能な著作物の範囲を決定することが複製において重要な行為であると考えられる。一方、これまでの行為主体が問題となった間接侵害類型の裁判においてもそれぞれ行為主体判断のための考慮要素が示されている。行為主体の判断基準としては、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とロクラクⅡ事件最高裁判決で示された枢要な行為論が最高裁判決であることから今後の行為主体が問題となる裁判に影響を与えると考えられる。

これら 2 つの判例法理は行為主体判断の方法が異なるものであるが、カラオケ法理が適用される場面と枢要な行為論が適用される場面は一部重なっているといえる。3.1.1 で述べたようにカラオケ法理は本来、物理的な直接行為者と間接関与者との人的な関係をてこに管理・支配性と利益性によって行為主体を判断するものだと考えられる。しかし、カラオ

¹⁰⁵ 加戸守行『著作権法逐条講義』217頁（著作権情報センター、3訂新版、2000）

¹⁰⁶ 芦立順美「私的複製の範囲と主体」著作権法研究40号47頁（2014）

¹⁰⁷ 田村善之「判批」WLJ判例コラム第19号3頁（2014）

ケ法理は、行為主体が問題となるさまざまな裁判において用いられる中で、人的な関係が必要となされなくなり間接関係者が著作物利用のための機器やシステムを提供している場合でも用いられるようになった。そのため、枢要な行為論が示された現在では、カラオケ法理が適用される場面は元の物理的な利用者と間接関係者に人的な関係がある場合には、サービス利用者の利用行為に対する管理・支配という要件があるカラオケ法理が適しており、今後も人的な関係、例えばクラブ・キャッツアイ事件のようにサービス提供者がサービス利用者の著作物利用を直接勧めているといったような場合には、カラオケ法理が用いられる可能性がある。カラオケ法理が変質し始めた契機のひとつとしてファイルログ事件を挙げることができるが、選撮見録事件やロクラクⅡ事件とサービス様態が似ている録画ネット事件なども枢要な行為論の範囲であると考えられる。また、変質したカラオケ法理と枢要な行為論が適用される範囲が重なっていることは、ロクラクⅡ事件において第一審¹⁰⁸がカラオケ法理によって行為主体が判断され、上告審¹⁰⁹で枢要な行為論が示されたことからわかる。クラブ・キャッツアイ事件最高裁判決におけるカラオケ法理の特徴として、物理的な著作物利用者と間接関係者との人的な関係が必要とされていたことから、カラオケ法理と枢要な行為論が適用される場面を分けるものとして人的な関係を指摘できるのではないだろうか¹¹⁰。

複製可能な著作物の範囲の決定という考慮要素とカラオケ法理との関係について、カラオケ法理では特に管理・支配要件が行為主体を判断する上で重要であると考えられるが、複製可能な著作物の範囲の確定という考慮要素は管理・支配要件の充足を判断する要素のひとつとして機能すると考えられる。クラブ・キャッツアイ事件において既に、管理・支配要件を認める理由の一つとして「上告人らの備え置いたカラオケテープの範囲内での選曲¹¹¹」が示されている。

また、枢要な行為論との関係について、この判断基準が示されたロクラクⅡ事件最高裁判決では「情報の入力」がロクラクⅡ事件下において複製に関連する行為の中で最も重要な行為、つまり枢要な行為だと位置づけられた。「情報の入力」行為について判例解説によれば、この行為は情報の取得と複製機器への伝達という意味を持つ¹¹²とのことである。最高裁判決や判例解説では「情報の入力」行為についての詳しい説明のみで、なぜその行為が最も重要であるといえるのかについては明確に示されていない。仮に、情報の取得と複製機器への伝達が複製において重要な行為であるのならば、ロクラクⅡ事件においては第

¹⁰⁸ 東京地判平成 20 年 5 月 28 日判時 2029 号 125 頁[ロクラクⅡ事件第一審]

¹⁰⁹ 最判平成 23 年 1 月 20 日民集 65 卷 1 号 399 頁[ロクラクⅡ事件上告審]

¹¹⁰ 田村氏は、ロクラクⅡ事件最高裁判決が出る以前から、システム提供型に対するカラオケ法理の適用は裁判所限りで規制を創設するものであり、カラオケ法理は人的な関係により物理的に利用行為者を支配している場合に限られるべきである、と指摘している。(前掲注 1) 田村・67 頁)

¹¹¹ 最判昭和 63 年 3 月 15 日民集 42 卷 3 号 199 頁[クラブ・キャッツアイ事件上告審]

¹¹² 前掲注 60) 柴田・110 頁

一審でカラオケ法理の管理・支配性を満たす理由として挙げられていた、サービス提供者が親機ロクラク¹¹³の設置場所として提供している地域の放送しかサービス利用者は録画できない、ということの方が、アンテナと複製機器をつなぐ「情報の入力」よりも情報の取得と複製機器への伝達という要素に近い行為ではないだろうか。このように考えた場合でも、サービス利用者の録画可能な範囲を決めているのはサービス提供者がテレビ局か、という問題は残るが、「情報の入力」行為よりも取得についてのイニシアティブ¹¹³がサービス提供者にあると言いやすい。

複製対象著作物の範囲の決定と「情報の入力」は著作物の取得と複製機器への伝達という点で合致するものである。複製対象著作物の範囲が物理的な利用者ではなく間接関与者によってあらかじめ決められている場合、物理的な利用者が主体的に利用したい著作物を選択できるのではなく、間接関与者によって複製可能な著作物を提供されていることになる。このような場合、著作物の取得と複製機器への伝達において間接関与者がイニシアティブを握っているといえるのではないだろうか。

枢要な行為論が採用された自炊代行事件においては、行為主体を判断する行為として「情報の入力」行為そのものは採用されず、自炊代行において何が枢要な行為なのかという段階から検討が行われた¹¹⁴。その際、ロクラクⅡ事件と同じく複製が問題になっているにもかかわらず、著作物の取得と複製機器への伝達という点も考慮しておらず、ロクラクⅡ事件最高裁判決の文脈に沿う形で引用しているとは言えない。一方で、複製対象著作物の範囲の決定という行為を複製における枢要な行為として位置付けることは、著作物の取得と複製伝達という要素を含むものでありロクラクⅡ事件最高裁判決の文脈に沿ったものといえるのではないだろうか。

物理的な利用者の行為に私的複製が該当する余地があったとしても、行為主体判断によってこの該当性の判断は常に回避されるおそれがある。私的複製が利用者と権利者の利益を調整している規定であると考えれば、該当性判断の回避によって一方的に利用者の利益が削がれることになる。そのため、私的複製の観点を踏まえた、複製対象著作物の範囲の決定という行為主体判断の考慮要素によって私的複製の空文化を防ぐことができると考える。

¹¹³ 取得についてのイニシアティブはロクラクⅡ事件最高裁判決の判例解説において示された、どのようなときに著作物を取得してこれを機器に提供していると評価できるのか、についての考慮要素の一つ。(前掲注 60) 柴田・110 頁注 9))

¹¹⁴ 東京地判平成 25 年 9 月 30 日判時 2212 号 86 頁[自炊代行事件Ⅰ第一審]、東京地判平成 25 年 10 月 30 日[自炊代行事件Ⅱ第一審]

5. おわりに

本論文では、著作権の間接侵害における直接行為主体判断について、行為主体が問題となった裁判例から、これまで行われてきた行為主体判断の問題点について検討し、行為主体判断の基準について提案を行った。

各裁判例の検討では、その後の行為主体が問題となる裁判に影響を与えたクラブ・キャッツアイ事件最高裁判決やロクラクⅡ事件最高裁判決を中心に判示された行為主体判断の基準や判例法理の採用のされ方について検討を行った。さらに、これらを踏まえ行為主体判断の問題点の検討を行った。

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問題点については、1. 人的な関係という制限の緩和により行為主体と判断される対象が広がった点、2. 問題となったサービスを差し止めるという目的のためにカラオケ法理が使用されている点、3. カラオケ法理の考慮要素が多様でありどのような場合に要件を満たしているといえるかが不明確な点、という3つの問題点を指摘できた。また、ロクラクⅡ事件最高裁判決で示された枢要な行為論の問題点として、ロクラクⅡ事件最高裁判決において特定の行為を枢要な行為と位置付ける明確な理由が示されていないことから、枢要な行為論を引用する際に、ある行為を枢要な行為とする根拠が乏しくなる、という問題を指摘できると考えられる。さらに、カラオケ法理や枢要な行為論によって行われる規範的行為主体判断については、判断基準の根拠が明確に示されていないことが問題であるといえるのではないだろうか。カラオケ法理や枢要な行為論は、それらが下級審の裁判で引用される際に前述の問題が表出している。これは、基準の根拠が不明確であるために、示された基準だけでなくその根拠をも踏まえて判例法理を採用することができなかつたことによるものではないだろうか。

自然的・物理的な観察のみで直接利用者が決定されるのであれば、一意に行為主体が決定されるであろう。しかし、カラオケ法理や枢要な行為論のように経済的・社会的側面を行為主体の判断に含めることによって、行為主体であるとされる対象の範囲が広がっていく。つまり、社会的・経済的側面を重視すればするほど直接利用者であるとみなされうる対象が広がり、法律の通常文言から離れた解釈になっていくおそれがあるのではないだろうか。したがって、規範的行為主体判断は、行為主体を物理的・自然的な観察によるべきであると考えられる。

加えて、規範的行為主体判断の効果の一つとして、物理的な著作物利用者への権利制限該当性の判断を回避することが挙げられる。一見適法とも思える利用行為をも差し止め、規制を創設することから、行為主体判断の基準や考慮要素が重要になる。しかし、カラオケ法理や枢要な行為論は、なぜそのように行為主体を判断できるのかという根拠が明確ではないため、利用行為に応じた行為主体判断の考慮要素を推察することが困難であると考えられる。

カラオケ法理や枢要な行為論によって行われる規範的行為主体判断は以上のような問題をはらんでいるが、実際の裁判においては今後も社会的・経済的側面に目を向けた規

規範的行為主体判断が行われると考えられる。しかし、規範的行為主体判断には、前述のとおり物理的な著作物利用者の権利制限規定該当性の判断を回避する効果があることから、権利制限規定が空文化するおそれがある。そのため、権利制限規定の観点を踏まえた行為主体判断の考慮要素の検討を行った。権利制限規定の中でも私的複製の規定に注目し、その趣旨から、複製可能な著作物の範囲を決定することが複製において重要な行為であると考えた。複製可能な著作物の範囲を決定という行為はこれまでのカラオケ法理や枢要な行為論とも合致するものであり、規範的行為主体判断の際に、この考慮要素を踏まえることで、私的複製の空文化を防ぐことができるのではないだろうか。本研究では、私的複製についてのみ検討を行ったが、その他の権利制限規定についても検討を行う必要があるだろう。

参考文献

- 田村善之「著作権の間接侵害」知的財産法政策学研究 26 号 35 頁 (2010)
- 中山信弘『著作権法』(有斐閣、第二版、2014)
- 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」コピーライト 49 巻 582 号 2 頁 (2009)
- 鎌田薫「民法理論からの検討」紋谷暢男ほか『寄与侵害・間接侵害に関する研究』59 頁 (著作権情報センター、2001)
- 田中豊「裁判例の分析を中心に」紋谷暢男ほか『寄与侵害・間接侵害に関する研究』37 頁 (著作権情報センター、2001)
- 奥邨弘司「集合住宅用の映像記録配信システムを販売している業者に対して、著作権法 112 条 1 項を類推適用し、システムの販売差止めが命じられた事例」判時 1931 号 198 頁 (2006)
- 上野達弘「プロバイダーの責任」著作権研究 28 号 94 頁 (2001)
- 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会平成 24 年 1 月 12 日資料 3 「「間接侵害」等に関する考え方の整理」(http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakukuen/hosei/h23_06/pdf/shiryo_3.pdf) (2012)
- 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会平成 25 年 2 月 6 日資料 2 「「間接侵害」等に係る課題について(検討経過)」(http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hosei/h24_07/pdf/shiryo_2.pdf) (2013)
- 島並[ほか]『著作権法』(有斐閣、2010)
- 水野武「カラオケ伴奏による客の歌唱につきカラオケ装置を設置したスナック等の経営者が演奏権侵害による不法行為責任を負うとされた事例」最高裁判所判例解説民事編 (昭和 63 年度) 150 頁 (1990)
- 柴田義明「著作権侵害の主体」牧野利秋ほか『知的財産法の理論と実務 4 巻著作権法・意匠法』234 頁 (新日本法規出版、2007)
- 茶園成樹「著作権侵害の行為主体」大阪大学法学部創立五十周年記念『二十一世紀の法と政治』295 頁 (2002)
- 平嶋竜太「判批」判時 1797 号 195 頁 (2002) (ファイルログ事件仮処分)
- 斉藤博「判批」知財管理 53 巻 4 号 593 頁 (2003) (ファイルログ事件仮処分)
- 上野達弘「判批」CIPIC ジャーナル 134 号 1 頁 (2003) (ファイルログ事件中間判決)
- 牧野利秋「判批」NBL750 号 18 頁 (2002) (ファイルログ事件仮処分)
- 岡村久道「判批」著作権判例百選第 4 版 192 頁 (2009) (ファイルログ事件控訴審)
- 中平健「判批」判タ 1215 号 202 頁 (2006) (録画ネット事件仮処分)
- 東海林保「最近の著作権裁判例について」コピーライト 526 号 9 頁 (2006)
- 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」情報ネットワークレビュー6 巻 38 頁 (2007)
- 上野達弘「侵害幫助者に対する差止請求と著作権法 112 条の類推適用」知財管理 56 巻 8 号 1215 頁 (2006)
- 藤田晶子「判批」著作権研究 35 号 237 頁 (2008) (選撮見録事件)
- 作花文雄「判批」著作権判例百選第 4 版 88 頁 (2009) (スターデジオ事件)
- 吉田克己「著作権の「間接侵害」と差止請求」知的財産法政策学研究 14 号 143 頁 (2007)
- 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『知的財産権

法と競争法の現代的展開』781頁（発明協会、2006）

- 青木大也「判批」ジュリスト1410号128頁（2010）（まねきTV事件控訴審）
- 帖佐隆「判批」パテント60巻5号33頁（2007）（まねきTV事件仮処分）
- 大竹優子「最近の著作権裁判例について」コピーライト574号2頁（2009）
- 森義之「判批」著作権判例百選第4版198頁（2008）（MYUTA事件）
- 奥邨弘司「ロッカー・サービスと著作権」年報知的財産法2012 11頁（2012）
- 山神清和「判批」判時1996号201頁（2008）（MYUTA事件）
- 作花文雄「放送番組の録画・配信サービスと著作権制度」コピーライト52巻613号36頁（2012）
- 宮脇正晴「判批」ジュリスト1398号308頁（2010）（ロクラクⅡ事件控訴審）
- 岡村久道「まねきTV事件・ロクラクⅡ事件最高裁判決とインターネットサービス」NBL959号72頁（2011）
- 帖佐隆「放送中継受信型事件における著作権法上の問題についての一考察～まねきTV事件最高裁判決、ロクラクⅡ事件最高裁判決に対する批判的考察～」知財ぷりずむ9巻102号49頁（2011）
- 柴田義明「最高裁重要判例解説」Law&Technology51号105頁（2011）
- 奥邨弘司「まねきTV・ロクラクⅡ事件最判後の著作権の間接侵害論」パテント64巻11号89頁（2011）
- 小坂準記、金子剛大「まねきTV・ロクラクⅡ事件最高裁判決にみるコンテンツビジネスの諸問題」LawandTechnology52号60頁（2011）
- 三村量一「カラオケ法理の考え方と最高裁判決」著作権法研究38号89頁（2013）
- 小泉直樹「まねきTV・ロクラクⅡ最判の論理構造とインパクト」ジュリスト1423号6頁（2011）
- 荻野泰三「ロクラクⅡ事件（最一判平成23年1月20）・まねきTV事件（最三判平成23年1月18日）について」知財ぷりずむ9巻103号20頁（2011）
- 前田健「侵害主体論と著作物の私的利用の集積」パテント64巻15号103頁（2011）
- 池村聡「判批」NBL1015号4頁（2013）（自炊代行事件Ⅰ・Ⅱ第一審）
- 横山久芳「判批」ジュリスト1463号36頁（2014）（自炊代行事件Ⅰ第一審）
- 辰巳直彦「判批」ジュリスト1466号280頁（2014）（自炊代行事件Ⅰ第一審）
- 高瀬亜富「判批」CIPICジャーナル218号31頁（2014）（自炊代行事件Ⅰ第一審）
- 松田俊治「判批」著作権研究41号134頁（2015）（自炊代行事件Ⅰ・Ⅱ第一審）
- 谷川和幸「判批」Law&Technology64号72頁（2014）（自炊代行事件Ⅰ第一審）
- 斉藤博『著作権法第3版』（有斐閣、2007）
- 横山久芳「知的財産法の重要論点 著作権の制限（1）」法学教室341号135頁（2009）
- 半田正夫[ほか]『著作権法コンメンタール2』128頁〔宮下佳之〕（勁草書房、2009）
- 田村善之『著作権法概説第2版』（有斐閣、第2版2001）
- 辻田芳幸「私的領域をめぐる著作物利用規整の系譜」逸見慎一『知的財産法の系譜小野昌延先生古希記念論文集』501頁（青林書院、2002）
- 飯村敏明「権利制限規定の解釈における課題」著作権法研究35号109頁（2008）
- 小泉直樹「著作権等権利制限規定と契約・技術的保護手段のインターフェイス」コピーライト507号2頁（2003）
- 島並良「私的複製制度の理論的基礎（1）」著作権法研究40号29頁（2014）
- 加戸守行『著作権法逐条講義』（著作権情報センター、3訂新版、2000）
- 芦立順美「私的複製の範囲と主体」著作権法研究40号37頁（2014）
- 田村善之「判批」WLJ判例コラム第19号3頁（2014）（自炊代行事件Ⅰ・Ⅱ第一審）
- 前田健「著作権の関節侵害論と私的な利用に関する権利制限の意義についての考察」

知的財産法政策学研究 40 卷 179 頁 (2012)

- 田村善之「日本の著作権法のリフォーム論」知的財産法政策学研究 44 卷 25 頁 (2014)