

自動公衆送信の判断の枠組み —「まねきTV」事件—

最判平成23年1月18日民集65巻1号121頁

(原審：知財高判平成20年12月15日民集65巻1号353頁)

第一審：東京地判平成20年6月20日民集65巻1号247頁)

孫 友 容

I. 事案の概要

原告らは、現に放送事業者であるか放送事業者であった者であり、訴外某会社が開発し販売する「ロケーションフリー」という商品を利用してテレビ番組の転送サービスを提供する被告が、原告らの放送についての「送信可能化権」及びその放送した番組の「公衆送信権」を侵害するとして、訴訟を提起し、差止め及び損害賠償の支払いを求めた。

「ロケーションフリー」の主な構成機器である「ベースステーション」は、その内蔵するテレビチューナーを通じて地上波アナログ放送を受信し、その放送をデジタルデータ化し、インターネットを通じて専用モニターあるいはパソコンに送信することができる。その結果、利用者はいつでもインターネットを通じて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」と専用モニターあるいは指定されたパソコンとは、1対1で対応する。被告は、入会金3万1,500円、月額使用料5,040円の支払いを条件として、利用者自身が購入した「ベースステーション」を預かり、被告の事業所内に設置し、テレビアンテナ及びインターネットとの接続を行う。これによって、利用者は手元の専用モニターあるいはパソコンを用いてテレビ番組を視聴する。

第一審・東京地方裁判所は、ベースステーションの機能等の事情を総合

考慮して、本件送信の主体が各利用者であり、また、各利用者は自身にしか送信できないため、個々のベースステーションが自動公衆送信装置に該当せず、したがって本件送信が自動公衆送信または送信可能化に該当しないと認定した。

控訴審・知的財産高等裁判所は、本件における送信の主体について判断せず、本件装置が1対1的な送信しか行えないことを理由に、その自動公衆送信装置該当性を否定し、したがって自動公衆送信または送信可能化行為がいずれも成立しないと認定した。なお、同裁判所は、たとえ「公衆」要件の判断において送信主体基準を採用すべきであり、かつ、仮に本件被告が送信主体であっても、やはり本件装置は1対1的な送信しか行えないから、本件被告にとっても任意の1台の装置を通じて行われた送信が、公衆に対するものではない、という傍論を付した。いずれにしても、知財高裁は本件装置が著作権法上という「自動公衆送信装置」に該当しないことを理由に原告らの請求を棄却した。そこで、原告らは最高裁判所へ上告した。

II. 判決要旨

「自動公衆送信は、公衆送信の一態様であり（同項9号の4）、公衆送信は、送信の主体からみて公衆によって直接受信されることを目的とする送信をいう（同項7号の2）ところ、著作権法が送信可能化を規制の対象となる行為として規定した趣旨、目的は、公衆送信のうち、公衆からの求めに応じ自動的に行う送信（後に自動公衆送信として定義規定が置かれたもの）が既に規制の対象とされていた状況の下で、現に自動公衆送信が行われるに至る前の準備段階の行為を規制することにある。このことからすれば、公衆の用に供されている電気通信回線に接続することにより、当該装置に入力される情報を受信者からの求めに応じ自動的に送信する機能を有する装置は、これがあらかじめ設定された単一の機器宛てに送信する機能しか有しない場合であっても、当該装置を用いて行われる送信が自動公衆送信であるといえるときは、自動公衆送信装置に当たるといふべきである」。

「自動公衆送信が、当該装置に入力される情報を受信者からの求めに応

じ自動的に送信する機能を有する装置の使用を前提としていることに鑑みると、その主体は、当該装置が受信者からの求めに応じ情報を自動的に送信することができる状態を作り出す行為を行う者と解するのが相当であり、当該装置が公衆の用に供されている電気通信回線に接続しており、これに継続的に情報が入力されている場合には、当該装置に情報を入力する者が送信の主体であると解するのが相当である」。

「これを本件についてみるに、各ベースステーションは、インターネットに接続することにより、入力される情報を受信者からの求めに応じ自動的にデジタルデータ化して送信する機能を有するものであり、本件サービスにおいては、ベースステーションがインターネットに接続しており、ベースステーションに情報が継続的に入力されている。被上告人は、ベースステーションを分配機を介するなどして自ら管理するテレビアンテナに接続し、当該テレビアンテナで受信された本件放送がベースステーションに継続的に入力されるように設定した上、ベースステーションをその事務所に設置し、これを管理しているというのであるから、利用者がベースステーションを所有しているとしても、ベースステーションに本件放送の入力をしている者は被上告人であり、ベースステーションを用いて行われる送信の主体は被上告人であるとみるのが相当である」。

「そして、何人も、被上告人との関係等を問題にされることなく、被上告人と本件サービスを利用する契約を締結することにより同サービスを利用することができるのであって、送信の主体である被上告人からみて、本件サービスの利用者は不特定の者として公衆に当たるから、ベースステーションを用いて行われる送信は自動公衆送信であり、したがって、ベースステーションは自動公衆送信装置に当たる。そうすると、インターネットに接続している自動公衆送信装置であるベースステーションに本件放送を入力する行為は、本件放送の送信可能化に当たるといふべきである」。

以上のように判断し、最高裁判所は、原判決を破棄し、本件を知的財産高等裁判所に差し戻した¹。

¹ 差戻後控訴審・知的財産高等裁判所は、最高裁判所の論理をほぼ踏襲し、原告らの差止め及び損害賠償の請求の一部を認めた(知財高判平成24年1月31日判時2142号96頁[まねきTV])。なお、同判決に対する上告に対し、差戻後の最高裁判所は上

Ⅲ. 争点

1. はじめに

まず説明を要するのは、著作権法上、著作権者と著作隣接権者の有する権利の内容について異なる規制があることである。本件を例として挙げると、テレビ局は2種類の著作権法上の権利、すなわちその創作したテレビ番組について著作権（本件で問題となるのは公衆送信権²⁾、他者の著作物への放送について著作隣接権（本件で問題となるのは送信可能化権³⁾）を有する。

法律の明文上、著作隣接権者としてのテレビ局は、その放送について、送信可能化を行う権利しか有せず、著作権者が有する「送信可能化」以外の自動公衆送信を行う権利を有しない。ゆえに、放送については「自動公衆送信に対して権利が付与されていないので、自動公衆送信行為をしている者に対して権利行使をしようと思う場合には、著作権に基づく請求として構成する必要がある」という理解⁴⁾が存在する。しかしながら、送信可能化が自動公衆送信を行うための必要な準備段階であること⁵⁾に鑑みれば、著作隣接権者は、他人の送信可能化行為をコントロールし得る以上、本質的には送信可能化以外の自動公衆送信を行う権利を有することと同様である。ゆえに、本稿は著作権と著作隣接権を区別せず、自動公衆送信及び送信可能化について検討することとする。

2. 自動公衆送信装置の位置づけ

このように本件において原告の請求は公衆送信権侵害を理由としているのであるが、本件被告の行為は公衆送信の中でも自動公衆送信に当たると主張されているのであるから、本件における公衆送信権または送信可能

告不受理とした（最決平成25年2月13日判例集未登載）。

²⁾ 著作権法2条1項7号の2・8号・9号の2・9号の4・23条1項。

³⁾ 著作権法2条1項9号の5・99条の2。

⁴⁾ 大西千尋「まねきTV・ロクラクⅡ最高裁判所判決についての一考察」NBL960号(2011)46頁。

⁵⁾ 詳しくは、後述「IV. 2. 自動公衆送信に関する法規範の沿革・意義・趣旨」を参照。

化権に対する侵害の成否は、本件装置が自動公衆送信装置に該当するか否かということにかかっている。

この点に関し、「自動公衆送信装置」の論理的な位置づけについては、本件では各審級の判断が分かれている。第一審判決によると、ある装置が自動公衆送信装置であるか否かを判断するには、まず当該装置を通じて送信を行った主体を判断し、次に当該主体にとって、受信者が公衆であるか否かを判断しなければならない。一方、控訴審判決によると、当該装置を通じて送信を行った主体を判断する前に、当該装置によって行われた送信が、公衆に対するものであるか否かを判断し、その結論が否定的である場合、もはや送信の主体を判断する必要はない。この論理に従えば、本件における個々の「ベースステーション」は1対1的な送信しか行えないため、自動公衆送信装置に該当しない⁶。

これに対して、上告審判決は再び第一審判決の立場に与した。すなわち、第一に、本件装置が自動公衆送信装置であるか否かを判断する前に、まず「受信者の求めに応じ自動的に送信する機能を有する装置」(以下「自動送信装置」)を利用して、送信を行う主体を判断する必要がある。第二に、送信の主体にとって、受信者が公衆であるか否かを判断する、というのである。要するに、自動公衆送信行為を判断するには、予め「自動公衆送信装置」の該当性を判断するのではなく、「自動送信装置」であることが明らかであれば、装置自体の機能にかかわらず、送信主体の判断段階に入るべきである、とするのである。

3. 本件装置を利用して送信を行った主体の判断基準

前述したように、控訴審判決は、自動公衆送信装置の該当性の判断には送信主体基準を採用すべきではないと考えたため、送信主体について判断を控えた。他方、第一審判決と上告審判決の判断は対照的であり、第一審判決は、本件送信が各利用者の指令により開始すること等を理由に、各利用者が本件送信の主体であり、本件被告の役割が利用者個人の適法な利用

⁶ なお、控訴審判決の傍論は、送信主体を基準とするといいいながらも、結局、装置自体の機能をもって公衆性を否定しているのであるから、この論理は実質的には装置のみを基準とする立場と評価してよいと思われる。

のための補助的なサービスを提供したにすぎないと認定したのに対し、上告審判決は、本件被告がインターネットに接続されている自動送信装置をテレビアンテナに接続させ、これに関連する設定や管理を行っていたことを理由に、本件送信の主体が本件被告であると認定している。

IV. 検討

1. はじめに

本件では、最高裁判所が初めて自動公衆送信の判断枠組みを示した事件であり、しかも、複製が絡んでいない事案であったために、純粋な自動公衆送信に関する事件として、将来にわたって重要な意義を有する裁判例であるといえることができる。

ところで、上記の通り、「自動公衆送信」の論理的な位置づけについて、第一審・控訴審・上告審の判断は分かれているので、以下、本稿では、自動公衆送信に関する法規範の沿革等を検討した上で、本件に関わる従来の裁判例と学説を検討したい。

2. 自動公衆送信に関する法規範の沿革・意義・趣旨

(1) 自動公衆送信に関する法規範の沿革

1986年以前の日本の著作権法においては、放送系の権利は放送権と有線放送権が規定されるに止まっていた。これは、「文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約（パリ改正条約）」（以下「ベルヌ条約」）11条の2(1)に由来する。しかしながら、サービス利用者の求めに応じて行われる送信サービスが開発され普及するにつれて、このような新たな技術に関わる著作物の利用を如何に規律するのかという問題が脚光を浴びるようになった。理論的にいえば、このようなオンデマンド型の送信であっても、法解釈によって「有線放送権」の範囲内に含めることが可能であった⁷にもかかわらず、権利範囲を明確化するために、1986年著作権法改正は、「有線送信」に関する規定を導入することで、有線によるオンデマンド型の送信行為を明文で規制するようになった。同改正は、「有線テレビジョン

⁷ 作花文雄『詳解著作権法〔第4版〕』（ぎょうせい・2010）269頁。

ン放送、ビデオテックス等の開発・普及に対処するため」⁸に、「日常用いられる有線放送という言葉の意味とくい違っており混乱が生じやすいこと、著作権法上、送信の特質に応じて規定を明確に整備し適切な保護を図るべきこと」⁹に配慮して行われたものである。とはいうものの、この改正は、依然として、伝達技術を基準として放送系の権利を定めるという従来法のアプローチを踏襲し、放送系の権利を無線技術を用いる「放送」と有線技術を用いる「有線送信」とに二分している¹⁰。

しかし、同改正後の日進月歩な情報伝達技術からの挑戦を受けて、著作物の伝達手段を基準として著作権法上の利用行為を定めるという伝統的なアプローチ自体にもメスを入れる必要が生じるに至った。具体的には、放送と通信の融合化の推進によって有線と無線の区分の実益が小さくなり、しかも、ネットワークの発達に伴って利用者のリクエストに応じて自動的に送信する送信形態が急速に普及してきたのである¹¹。実際、かねてから、情報のデジタル化・ネットワーク化の進展等に対応するために著作権審議会「マルチメディア小委員会」が設置され、制定法上、新たなアプローチを採用する法改正に係る検討が行われていた。たとえば、「衛星通信技術やインタラクティブな形態の放送・送信の発達に伴い、従来の有線・無線の別や同時受信・異時受信の別の意味が薄れてきており、これらを区別することなく権利を認めるようにする必要がある」という現状認識を前提とし、無線・有線の別や同時受信・異時受信の別を問わない「送信権」の新設などの提案例がなされている¹²。もっとも、「著作権に関する世

⁸ 第104回国会参議院本会議における「著作権法の一部を改正する法律案(閣法第六二号)要旨」http://www.sangiin.go.jp/japanese/gianjoho/old_gaiyo/104/1042306.pdf (最終アクセス日：2014年7月16日)。

⁹ 井上明俊「データベース、ニューメディアの発達への法的対応—著作権法の一部改正」ジュリスト865号(1986)79頁。

¹⁰ さらに、同改正は、受信形態を基準として、「有線送信」を同一内容の一次送信を指す「有線放送」とオンデマンド型のそれ以外の「有線送信」とにさらに二分している。

¹¹ 加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』(著作権情報センター・2013)32頁以下。

¹² 1995年2月に公表された「著作権審議会マルチメディア小委員会ワーキング・グループ検討経過報告—マルチメディアに係る制度上の問題について—」を参照。

界知的所有権機関条約」(以下「WIPO 著作権条約」)や「実演及びレコードに関する世界知的所有権機関条約」(以下「WIPO 実演・レコード条約」)の動向を見据え、同小委員会の検討は一時中断された。

WIPO 著作権条約は、初めて情報伝達技術に対応する法規範のアプローチの改革の試みといえる。同条約 8 条は、ベルヌ条約が定めた放送系の権利を妨げないことを前提として、公衆への伝達行為について有線と無線の区別を撤廃し、さらに「伝達」の概念にその前段階の「公衆に提示される状態に置くこと」も含めた。一方、WIPO 実演・レコード条約は、実演家及びレコード製作者に、インタラクティブ送信の権利ではなく、その前段階である「公衆に提示される状態に置く」ことの権利を与えた¹³。

両条約に早急に対応するために、活動を一時中断していたマルチメディア小委員会は、「当面对応が必要な事項」を、①実演家・レコード製作者について「リクエストを受けて行う送信」に係る権利を創設すること、②著作物の送信に「公衆に提示される状態に置くこと」を含めること、③無線による「放送」と「リクエストを受けて行う送信」に関する規定を整理すること等に絞って、検討を再開した¹⁴。1997年著作権法改正は、その成果である。同改正は、WIPO 著作権条約の「公衆への伝達権」に倣い、有線と無線の区別を撤廃し、公衆へ著作物を伝達する行為を統括する「公衆送信権」を創設するとともに、公衆送信権の下に「放送」、「有線放送」、「自動公衆送信」という 3 種類の利用形態¹⁵を例示した上で、自動公衆送信の場合に限って、その前段階である「送信可能化」を規制した¹⁶。同改正は、

¹³ この規定の趣旨は、「個々の送信行為については著作者の許諾権との競合を避けるという観点から、ネットワークに接続する行為をとらえて権利を認め、送信による利用に関して実演家・レコード製作者の利益を確保することとしたものである」と日本国内の起草者には理解されている(著作権審議会マルチメディア小委員会(審議経過報告(平成 9 年 2 月 24 日))を参照)。

¹⁴ 著作権審議会マルチメディア小委員会・前掲注 13。

¹⁵ 「無線」と「有線」の区別を留保した理由は、国外の著作物について保護範囲が異なるからであるといわれる。たとえば国外の有線放送は保護の対象とならないが、国外の放送は保護の対象となる。加戸守行・前掲注 11・32 頁を参照。

¹⁶ 濱口太久未「著作権法の一部を改正する法律について」ジュリスト 1119 号(1997) 41～45 頁を参照。

WIPO実演・レコード条約に従って、実演家・レコード製作者にのみ「送信可能化権」を与えているが、2002年法改正により、国際条約に一步先んじて、放送・有線放送事業者にも「送信可能化権」を与えた¹⁷。

(2) 自動公衆送信に関する法規範の意義

① 自動公衆送信

自動公衆送信は、放送と有線放送とともに公衆送信権に属する¹⁸。放送・有線放送との違いは、公衆からの求めに応じて行われるか否かということにある。換言すれば、受信者が送信行為をコントロールできるか否かということ¹⁹が区別の鍵となる²⁰。すなわち、放送・有線放送の場合、受信者の行為にかかわらず、発信機から出す電波が常に受信機まで届いており、送信行為が既に行われているのに対し、自動公衆送信の場合、受信者がリクエストしなければ、そもそも送信行為が行われない。よって、たとえば、

¹⁷ ただし、WIPO著作権条約及びWIPO実演・レコード条約の考え方に従った結果、これらの著作隣接権者には、「自動公衆送信」に関する権利がいまだに与えられていない。

¹⁸ 通説によると、この3種類の利用形態は公衆送信の全てではない(著作権法令研究会・通商産業省知的財産政策室【編】『著作権法・不正競争防止法改正解説』(有斐閣・1999)61～62頁、加戸守行・前掲注11・31～33頁、作花文雄・前掲注7・270頁)。

¹⁹ 著作権法令研究会・通商産業省知的財産政策室・前掲注18・60頁の図を参照。

²⁰ もっとも、自動公衆送信の定義規定に置かれている、「放送又は有線放送に該当するものを除く」という括弧書きに鑑みると、同基準には例外が存在している。すなわち、「放送又は有線放送に該当するものを除く」という括弧書きが想定しているのは、「最初のアクセスがあった瞬間から、同一内容・同時受信のための送信が開始・継続されるという送信形態があり得ること」(加戸守行・前掲注11・40頁を参照)であり、このような場合、最初にアクセスした受信者は送信行為をコントロールできるが、当該アクセス行為により一斉送信が始動するため、他の受信者はもはや送信行為をコントロールできなくなる。つまり、最初にアクセスした受信者に限った話とはいえ、そこで送信行為がコントロールされているにもかかわらず、この場合には「放送又は有線放送」に分類されることになるから、本文で掲げた一般論の例外ということができる。もっとも、同見解によると、「実際にこのような送信形態がとられることは考えにくいため、あくまで念のため規定したもの」ということである。

「インターネット放送」や「インターネット中継」の場合は、万人が同時に同様の内容しか受信できないという結果だけから見れば、放送や有線放送の場合に類似しているが、やはり受信者がアクセスしなければ送受信が行われなため、このような送信方式は「自動公衆送信」に該当する²¹。

これを本件送信についてみれば、無線通信技術（放送電波）と有線通信技術（インターネット）が同時に利用されており、受信者が送受信行為をコントロールできることに鑑みれば、本件送信が仮に著作権に抵触する行為に該当するとしても、それが放送・有線放送になることはあり得ず、可能性があるとすれば、「自動公衆送信」行為以外にはあり得ない。しかしながら、著作権法における自動公衆送信そのものに関する規定は極めて簡単であり、その文言に着目する限りではその外延を確定することは困難である。他方、著作権法は自動公衆送信の準備段階である送信可能化を定義しており、その解釈如何では公衆送信権の意味内容も大きく揺れることになる。

② 送信可能化

自動公衆送信の前段階行為に対して新たな規制を設けるために、起草者は、「公衆の用に供されている電気通信回線」、「自動公衆送信装置」、「公衆送信用記録媒体」といった一連の造語を作出してまで、同じ造語である「送信可能化」を定義することを試みた（著作権法2条1項9号の5）。同

²¹ 中山信弘『著作権法』（有斐閣・2008）221頁注33。著作権法令研究会・通商産業省知的財産政策室・前掲注18・60～61・66頁。また、加戸守行・前掲注11・44頁は、自動公衆送信の準備段階である送信可能化の定義について、著作権法2条1項9号の5イの(4)を説明する際に、「いわゆる『インターネット放送』や『ウェブキャスト』が生中継のようなかたちで行われることがございますが、このように、情報を固定・蓄積することなく、また、公衆に向けたネットワークに流された後においてもサーバに残らない方法で、アクセスに応じて送信できるようにする行為がこれに該当します」と述べている。これらの見解に対して、「インターネット中継」について、公衆による同時受信がある場合は有線放送に該当するという見解（島並良ほか『著作権法入門』（有斐閣・2009）142頁〔島並良執筆担当部分〕）が存在するが、これは、放送・有線放送の定義規定にある「同時」の意味について起草者と異なる理解に立脚しているのだろう。

定義により類型化された一連の行為を、情報処理と接続行為の順に整理すると、送信可能化とは、「公衆の用に供されているネットワークに接続している自動公衆送信装置(サーバ)に情報を記録・入力すること(2条1項9号の5イ)、あるいはそのような情報が記録・入力されている自動公衆送信装置を公衆の用に供されている電気通信回路(インターネット)に接続すること(2条1項9号の5ロ)を指す」²²。また、情報処理と接続行為の順ではなく、送信が行われる前に情報が固定されているか否かという技術形態の視点から、送信可能化を記録型と入力型に分けることができる。

もっとも、このように送信可能化の定義は極めて複雑かつ詳細に定められているものの、その際にモデルとして念頭に置かれていたものが、記録型については「アップロード」行為、入力型については「インターネット放送」行為であることは明らかである²³。いわば、日常用語とは異なる造語を多用したがゆえにこうした細かな定義が必要とされることになったといえようか。実際、起草者も、結局は、細かな文言に拘泥していないようであり、たとえば、「著作権法上問題となるのは、これらの具体的な行為そのものではなく、むしろ結果として著作物が『自動公衆送信し得ない状態から、自動公衆送信し得る状態に移されたかどうか』ということである」²⁴と述べ、送信可能化主体の判断は「自動公衆送信し得る状態にない著作物…を『自動公衆送信し得る』状態にしたのは誰か、という観点から」なされるべきであるなどという理解が示されている²⁵。さらに、これを受けて、送信可能化行為については「物理的な個々の行為に限定して解する合理性は」ないという見解²⁶や、そもそも送信可能化法規範の独自の意義が乏しいという考え方²⁷も唱えられている。

²² 中山信弘・前掲注21・221頁。

²³ 著作権法令研究会・通商産業省知的財産政策室・前掲注18・63～66頁。加戸守行・前掲注11・40～45頁。

²⁴ 著作権法令研究会・通商産業省知的財産政策室・前掲注18・67頁。

²⁵ 著作権法令研究会・通商産業省知的財産政策室・前掲注18・67頁。加戸守行・前掲注11・45頁。

²⁶ 作花文雄・前掲注7・270頁。

²⁷ 島並良ほか・前掲注21・142頁。もっとも、前述したように、同見解は、異時受

以上に見た通り、送信可能化に関しては、その位置づけについて、自動公衆送信の前段階という点において共通した理解が得られているものの、一般に流布している理解によれば、著作権法上の具体的な定義に深く拘泥すべきではなく、自動公衆送信し得るものであるか否かということが決め手となるというのであるから、その具体的な内容や存在の意義に関する議論は、結局、自動公衆送信し得るか否かに帰着することになってしまう。

③ 自動公衆送信装置

本件で主に問題とされた自動公衆送信装置とは、まさに上記のような、独自の存在意義すら問われている「送信可能化」の定義規定の中で初めて現れた造語概念であり、「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」。このような難解な定義規定に対して、起草者は端的に、「そこに蓄えられたり入力されている音や影像、文字情報といったものをネットワークを通じて流すことができる機能を有する装置」と説明している²⁸。また、送信可能化に該当する行為を説明する際には、「自動公衆送信装置」という言葉を使わず、これを端的に「サーバ」と入れ替えている²⁹。さらに、改正法の起草時、「サーバ」という用語を避け、わざわざ「自動公衆送信装置」という概念を作り出した理由は、「サーバ」には、「ネットワークに情報を送受信する役割をもつコンピュータ」という意味とは無関係な意味をも有する場合があるからだ、と説明されている³⁰。

信を自動公衆送信の前提とするため、送信可能化規範の意義に対する理解は通常よりも狭い。

²⁸ 加戸守行・前掲注11・42頁。

²⁹ 著作権法令研究会・通商産業省知的財産政策室・前掲注18・64頁以下。

³⁰ 加戸守行・前掲注11・41頁。実際、「サーバ」というわかりやすい言葉の代わりに、「自動公衆送信装置」という難解な名詞を作り出すことについて、立法過程においても疑問が呈されていた。たとえば、「無理やり片仮名を漢字に直し」た結果、「サーバ」ではなく自動公衆送信装置にしたが、これを「英語で訳したら絶対サーバには戻らない」ではないか、「そのうち文化庁はマウスをネズミと訳されるんじゃないか」という疑問が示された。しかしこのような指摘に対して、政府委員は、

確かに、著作権法の条文だけを見れば、「自動公衆送信装置」は明確に定義されており、その位置づけは、送信可能化行為を判断する前提を形成していることが動かざる命題のように読めるかもしれない。しかしながら、そもそも同概念が初めて現れるのは送信可能化行為の定義規定の中であり、しかも送信可能化該当性の判断は、一般的な理解に従うと、自動公衆送信の成否に結びつけられていることに鑑みれば、「自動公衆送信装置」という概念も、送信可能化概念と同様、それ自体として単独で独自の意義を有するものとして扱うことができるのか、大いに疑問が湧くところである³¹。

(3) 自動公衆送信に関する法規範の趣旨

そもそも、著作物の利用から生まれる価値を権利者に還流させるためには、利用行為に対して権利を設ける発想をとることが素直なように思われるのであるが、このような発想を実現するための技術的手段が存在しなかったため（たとえば、読書に対して権利を及ぼしたとしても、その監視が困難であるために、権利は画餅に帰することになる）、分散的・独立的な使用を一定の程度においてコントロールできる主体から、そのような使用に伴う利益の一部を権利者に還流させる手法が、従来、著作権法によってとられていた。たとえば、著作権法制度が誕生してからの長い間、複製権を中心とする規制がとられていたのも、少なくともかつては、複製を実現する技術や装置を有している者がごく一部の者（たとえば、出版社やレコード会社、あるいは映画会社など）に限られていたからである³²。

もともと、複製技術が発達し一般に普及するにつれて、一般的な使用者

「コンピューターネットワーク上で他のコンピューターにファイルやデータを提供するコンピューターとか、あるいはプログラムをいう」という定義は、「国語辞典など非常に大きな辞典にもまだ記載されていない」と応答している（平成9年5月22日第140回国会参議院会議録文教委12号を参照）。

³¹ 本件調査官解説も同様の問題意識を有していると思われる。すなわち、自動公衆送信において用いられる送信装置と、送信可能化定義規定にある自動公衆送信装置は同一の機能を有することが想定されている（山田真紀「最高裁重要判例解説（まねきTV事件）」Law & Technology 51号（2011）99頁を参照）。

³² 田村善之『知的財産法〔第5版〕』（有斐閣・2010）451～452頁。

でありながら複製者でもある者が激増し、複製が行われる領域が個人や家庭の範囲にまで及ぶようになった。その結果、複製行為のみを捉えるという伝統的な手法も、現実的にこれを把握する技術的手段を欠くようになったため、複製権を中心とする制度が機能不全に陥った³³。他方、そもそも複製を伴わない情報伝達技術も普及しはじめたために、著作物に対する複製以外の利用行為から得られる利益を爆発的に拡張している。その典型例がまさに受信者の求めに応じて自動的に行われる送信、すなわち自動公衆送信である。したがって、自動公衆送信ないしそれを含む公衆送信権が設けられた根本的な趣旨は、他の禁止権と同様、新たな技術による付加価値を伴った著作物の利用行為に対して、そこからの対価を権利者に還流させるところにあるのだろう³⁴。

また、送信可能化を規制する目的は、自動公衆送信がいまだ行われていない場合、あるいは自動公衆送信が既に行われたものの、その時間・場所・内容・相手方を把握できない場合であっても、権利者が無断の送信可能化行為に対して権利行使できるようにするためである、といわれている³⁵。しかしながら、公衆送信権が侵害されるおそれがあるとして、法的救済を求めることができるのであるから³⁶、むしろ送信可能化を著作権法に導入することの主たる機能は、公衆送信を権利として把握していない著作隣接権者に事実上の自動公衆送信を行う権利を与えることにあるのではないかと思われる。

³³ 田村善之・前掲注32・453頁。

³⁴ 田村善之・前掲注32・463頁。

³⁵ 加戸守行・前掲注11・40～41頁。著作権法令研究会・通商産業省知的財産政策室・前掲注18・62頁以下。さらに、後者によると、送信可能化を公衆送信に含ませることは、WIPO著作権条約の考え方に従ったとされている(同69頁)が、このようなWIPO著作権条約に対する理解は、そもそも間違っているという批判がある。作花文雄・前掲注7・271～273頁。

³⁶ もちろん、このような場合、送信可能化も権利範囲内とすれば、損害賠償額の推定規定により損害賠償を請求することができる。この点において、送信可能化を権利範囲内とすることには実益があるかもしれない。

3. 自動公衆送信及び送信可能化の判断手順

(1) 従来の判断手順

本件では自動公衆送信行為及び送信可能化の主体を判断する前に、著作権法上の利用行為としての「自動公衆送信行為」または「送信可能化行為」そのものの存在を、まず確認すべきかということが争点とされた。

従来の裁判実務においては、このような判断の手順の問題が顕在化することは稀であったといえる。

たとえば、P2Pソフトウェアを開発し、それを利用したサイトを運営する者が著作権侵害と訴えられた「ファイルログ」事件³⁷においては、P2Pソフトから見ても、開発経営者やP2Pソフトの使用者から見ても、受信者が不特定多数の者であったため、裁判所は、本件における送信は自動公衆送信に該当すると認定した上で、被告がこれを行った主体であると判示した。

また、集合住宅向けの放送番組録画システムの設置者の著作権（複製権と公衆送信権）侵害及び著作隣接権（送信可能化権）侵害の責任が争われた「選撮見録」事件³⁸においても、このシステムは多数の受信者に対して送信する機能を有するため、送信の主体と認定された被告からはもちろん、当該システムから見ても、公衆要件を満たすといわざるを得ないと判断された。同事件の第一審と控訴審のいずれも、複製・公衆送信・送信可能化行為の存在を認めた上で、被告の法的責任を肯定した。

さらに、動画投稿サイトの運営者について著作権侵害の主体性が問題に

³⁷ 本件原告である日本音楽著作権協会や日本のレコード会社等は被告に対し、著作権侵害（東京地決平成14年4月11日判時1780号25頁〔ファイルログⅠ〕、東京地判平成15年1月29日判時1810号29頁〔同中間判決〕、東京地判平成15年12月17日判時1845号36頁〔同第一審〕、東京高判平成17年3月31日平成16年（ネ）第405号〔同控訴審〕）と著作隣接権侵害（東京地決平成14年4月9日判時1780号71頁〔ファイルログⅡ〕、東京地判平成15年1月29日平成14年（ワ）第4249号〔同中間判決〕、東京地判平成15年12月17日平成14年（ワ）第4249号〔同第一審〕、東京高判平成17年3月31日平成16年（ネ）第446号〔同控訴審〕）を理由に訴訟を提起した。本稿は上記両訴訟を合わせて「ファイルログ」事件と呼ぶ。

³⁸ 大阪地判平成17年10月24日判時1911号65頁〔選撮見録〕、大阪高判平成19年6月14日判時1991号122頁〔同控訴審〕。

なった「TVブレイク」事件³⁹においては、前提となる事実として、複製と公衆送信が行われていることについて当事者の間で争いがなく、送信の主体についてのみ判断がなされた。これもまた、動画投稿サイトの運営者であれ、自動的に送信する装置たるインターネットにつながっているサーバであれ、いずれの観点から見てもサービス利用者が公衆であることに疑いがない事案であったために、公衆要件該当性が争点とならなかったであろう。

これらの事件では、自動公衆送信や送信可能化の主体について判断する前に、自動公衆送信行為または送信可能化行為の存在が確認されている。結果的に、自動公衆送信行為または送信可能化行為そのものの判断に当たって、送信装置が公衆に向けられたものであることが（無意識的なものを含めて）前提とされており、その意味で、主体の問題とは切り離して、送信装置の機能にのみ着目するという「装置基準」が採用されていると評価することが許されるかもしれない。

しかしながら、これらの事件において問題とされた送信装置はいずれも受信者を限定する機能を有していなかったという共通点が見られる。このような事情が見られない事案が初めて問題とされたのが「MYUTA」事件⁴⁰であり、そこで裁判所は、判断の手順の点において、従前の裁判例とは異なるアプローチを採用している。

「MYUTA」事件において問題となったサービスは、受信者は自分が被告のサーバに蔵置した音源データのファイルにしかアクセスできないので、送信の装置（サーバ）から見れば、受信者は公衆ではないとも評価し得るものであった。しかし、裁判所は、公衆送信該当性を肯定した。「公衆送信とは、公衆によって直接受信されることを目的とする（著作権法2条1項7号の2）から、送信を行う者にとって、当該送信行為の相手方（直接受信者）が不特定または特定多数の者であれば、公衆に対する送信に当たることになる」というのである。

以上に示した裁判例の趨勢をまとめておこう。送信装置から物理的に見

³⁹ 東京地判平成21年11月13日判時2076号93頁 [TVブレイク]、知財高判平成22年9月8日判時2115号102頁 [同控訴審]。

⁴⁰ 東京地判平成19年5月25日判時1979号100頁 [MYUTA]。

た受信者が多数いたために、送信装置が公衆向けであることが明らかであった事案では、特に送信主体が誰であるのかという判断を先行させることなく、自動公衆送信行為の存在がまず確認されている。しかも、これらの事件では、送信主体から見ても、物理的に多数の受信者を相手にしていることが明らかであったために、「自動公衆送信装置」該当性を先に判断するのか、あるいは「送信行為」の主体を先に判断するのかという判断の手順の問題を議論する実益がなかったといえる。これに対し、「MYUTA」事件のように、送信装置から見た受信者が限定されているために、物理的な観点のみに立脚し「公衆」該当性を肯定し得ない場合には、裁判所は、「送信行為」の主体（「自動公衆送信行為」の主体ではない）の判断を先行させたといえることができる⁴¹。

(2) 本件論理について

既に紹介した通り、この論点について、第一審・東京地裁は、送信可能化行為が「『自動公衆送信装置』の存在を前提」とし、「自動公衆送信装置は、自動公衆送信する機能を有する装置」であるという文言を用いたものの、「自動公衆送信装置」にいう「公衆」要件を判断する際に、公衆送信の定義規定を参照しながら、「送信を行う者にとって、当該送信行為の相手（直接受信者）が不特定又は特定多数の者であれば、『公衆』に対する送信に該当するものと解される」、という基準を示した。この基準に基づき、第一審判決は直ちに送信主体の判断に入った。この文言に鑑みると、

⁴¹ また、本件と同じく放送番組の転送サービスに関する事案である「ロクラクⅡ」事件（東京地判平成20年5月28日判時2029号125頁〔ロクラクⅡ〕、知財高判平成21年1月27日民集65巻1号632頁〔同控訴審〕、最判平成23年1月20日民集65巻1号399頁〔同上告審〕）においては、原告の主張は複製権侵害であり、公衆送信権侵害が含まれなかったため、公衆の要件は争点とならなかった。同事件においても、被告は「1対1」送信の機能がある装置を用いて主に海外の受信者にテレビ番組の送信を行った。ただ送信の装置は被告の製品だという点、そして被告のサービスは受信者に録画されたテレビ番組を送信することであるという点のみが、本件と相違する。同事件の原告が仮に公衆送信権侵害あるいは送信可能化権侵害を理由として訴えていたのであれば、本件と同じように公衆の要件に関する検討が必要となったといえよう。

東京地裁は、「MYUTA」事件判決と同様に、送信装置から見た受信者が物理的な観点に立脚するのみでは「公衆」といえない場合において、送信主体の判断を先行させたものと評価することができる。後述の通り、第一審判決は、最終的な送信主体の所在の判断について上告審判決と異なる帰結に到達したものの（第一審判決は受信者が主体、上告審判決は転送業者が主体）、判断の手順自体に関しては同じアプローチを採用しているということができる⁴²。

これに対し、控訴審・知財高裁は、送信可能化行為というものが「自動公衆送信装置」の使用ということを前提としているという理解を採用した点においては、第一審と同様のアプローチを用いているのであるが、しかし、その「自動公衆送信装置」該当性の具体的な判断手法に関しては第一審判決と袂を分かち、当該装置自体が公衆に対して送信を行う機能を有するものでなければならぬと判示した。すなわち、控訴審判決は、事案の異なる「ファイルログ」事件、「選撮見録」事件及び「TVブレイク」判決と同様、送信の主体を判断する前に、客観的に自動公衆送信装置ないし自動公衆送信行為の存在を判断することができる、と考えていると評価することができる。この立場の下では、個々の「ベースステーション」は物理的には「1対1」的に情報を伝達する機能しか有しないため、当該装置は「自動公衆送信装置」とはいえないことになる。

しかし、上告審・最高裁は、判断手順に関して、第一審判決と同様、送信主体の判断を先行させるというアプローチを採用している。特に、上告審判決は、自動公衆送信を行う前提である「自動公衆送信装置」を論じる際に、あえて「当該装置に入力される情報を受信者からの求めに応じ自動的に送信する機能を有する装置」という文言を使っており、「公衆」という文言を意図的に避けている。このように、「自動送信装置」を用いたという判断だけを先行させ、それが公衆向けのものであるのか否かという問題に対する評価が控えられる場合には、当該装置を用いて送信を行う主体が誰であるのかということが、「公衆」要件該当性の判断に関わってくる

⁴² 同様の理解として、奥野弘司「判例研究：まねきTV事件最高裁判決について」AIPPI 56巻9号(2011)29頁、山門優「最近の著作権裁判例について」コピーライト610号(2012)7頁がある。

ことになる。

(3) 分析

① 法規範の意義という視点から

この論点に関し、多くの学説は、判断の手順としてではなく、自動公衆送信装置の判断基準として議論している。このうち、本判決の調査官は、単に条文の文言に基づけば送信の主体が誰であろうと自動公衆送信装置自体に公衆性要件が必要であるという考え方があり得るということ認めつつ、しかし、起草者の意図⁴³に基づけば、物理的に「1対多」の送信機能があることが自動公衆送信装置の要件となるものではないと説明している⁴⁴。このほかにも、最高裁の判断に賛成する見解の中には、「1対多」の送信機能を有することを自動公衆送信装置の要件としてしまうと、「自動公衆送信装置を定義する技術的な特性を厳格に画」することになる結果、「送信可能化が認められる範囲は狭く」なり、WIPO著作権条約及びWIPO実演・レコード条約が定める「利用可能化権」との整合性を欠いてしまう

⁴³ 加戸守行『著作権法逐条講義〔五訂新版〕』（著作権情報センター・2006）70頁。もっとも、北村行夫「著作権侵害訴訟をどのように扱うか—まねきTV事件を手掛かりとして」自由と正義62巻8号（2011）52頁は、「70頁にかような説明が存在しない」、「あるのは、『特定多数』における『特定』に関する記述の中で行為者との関係を述べておられる」と述べ、起草者意図に対する調査官の理解を批判している。しかしながら、前記起草者の説明の冒頭に、「一般に『公衆』という用語は、法律上ア・プリオリに使われておりますが、行為者の立場からみた相手方が不特定人である場合に当該不特定人を指して『公衆』といい、結果的には多数人であるときが多い」という一般論が述べられており、この一般論とその後の「特定」に関する説明を合わせ読んだ結果、調査官解説は、支分権における公衆性は行為者との関係から判断すべきだという考え方が起草者の見解であると理解しているのではないかと思われる。また、半田正夫＝松田政行【編】『著作権法コンメンタール1』（勁草書房・2009）360頁〔伊藤真執筆担当部分〕も、特定かつ多数の者を含むという、日常用語より広い著作権法上の公衆定義を説明する前に、一般用語としての公衆は、「行為者からみて、行為者と特別の関係を有しない不特定の第三者または特定多数の第三者の意味で用いられている」と述べている。

⁴⁴ 山田真紀・前掲注31・102頁。これに与するものとして、大西千尋・前掲注4・49頁。

ことになる、と指摘するものがある⁴⁵。また、本件控訴審判決における判断手順に反対するものとして、「機器の自動公衆送信装置該当性は送信(行為)主体を決定しなければ本来明らかにできないと考えられる」という見解も存在する⁴⁶。さらに、自動公衆送信も公衆送信行為の一つであり、「行為は元来、人間が行うものであって、機器や装置が行うものではない」ことなどを理由に、送信主体基準に賛成する見解⁴⁷がある⁴⁸。

もともと、上告審判決が用いた「当該装置を用いて行われる送信が自動公衆送信であるといえるときは、自動公衆送信装置に当たる」という文言について、ただの循環論法や言葉のトリックにすぎないという反対意見⁴⁹も有力である。これらの意見に対しては、確かに上告審判決の文言は「典型的な循環論法であるとの印象を与える」が、当該文言後に続く論旨や判決の基本的な枠組みに鑑みると、上記の文言が示したのは、送信装置が1対1の送信機能しか有しなくても自動公衆送信を行い得ることにすぎない、という再反論⁵⁰も行われている。本稿にとっても、上記の循環論法と

⁴⁵ 茶園成樹「自動公衆送信・送信可能化概念とまねきTV事件最高裁判決」中山信弘ほか【編】『知的財産権 法理と提言—牧野利秋先生傘寿記念論文集』(青林書院・2013)1123頁。

⁴⁶ 青木大也「市販の機器を用いた番組転送サービスの適法性—まねきTV事件控訴審判決」ジュリスト1410号(2010)129頁。

⁴⁷ 奥邨弘司・前掲注42・30頁。

⁴⁸ このほか、泉克幸「著作権法上における自動公衆送信装置および同装置による送信の主体—まねきTV事件上告審判決—」知財管理61巻9号(2011)1384~1385頁は、「1対1」送信機能しか有しない留守番電話を利用して入力された情報を多数の者に聞かせるサービスを例に挙げ、控訴審判決が採用した「1対多」送信機能基準を採用してしまうと、このようなサービス業者の責任を問うことが難しくなってしまうことを問題視している。もともと、送信装置基準を採用した控訴審判決の論理によっても、ある装置の機能を評価する際に規範的な判断が完全に排除されるというものでもないであろうから、物理的には、「1対1」の送信機能しか有しない留守番電話であっても、これを利用して多数の者に聞かせる場合、結局、装置の機能として「1対多」送信機能を有すると認められる可能性は小さくはないだろう。

⁴⁹ 岡邦俊「続・著作権の事件簿(146)」JCAジャーナル58巻4号(2011)64頁以下、駒田泰土「判例評論」判時2127号(2011)177頁以下。

⁵⁰ 作花文雄「放送番組の録画・配信サービスと著作権制度—私的利用と業的利用の

いう批判は、上告審判決の論理に対する誤解に基づくものであるように思われる。上告審判決が強調したのは、自動公衆送信装置の使用に関する認定が、自動公衆送信行為を判断する前提とならなければならないものではなく、むしろ送信可能化行為を判断する前提として行われるべきものであるということ、そして、自動公衆送信装置の該当性を判断するには、自動公衆送信行為の判断を先行させなければならないということである。要するに、上告審判決が示した判断の枠組みは、自動公衆送信→自動公衆送信装置→送信可能化という手順に従った枠組みである。このことは、「送信の主体である被上告人からみて、本件サービスの利用者は不特定の者として公衆に当たるから、ベースステーションを用いて行われる送信は自動公衆送信であり、したがって、ベースステーションは自動公衆送信装置に当たる。そうすると、インターネットに接続している自動公衆送信装置であるベースステーションに本件放送を入力する行為は、本件放送の送信可能化に当たるといふべきである」という文言からも看取することができよう(強調は筆者)。

② 法規範の沿革という視点から

本判決が示した基準を「行為主体と公衆性の段階的・分離的認定」と呼称するとともに、単純明快な基本的枠組みではあるとしながらも、疑問を呈する見解もある。行為主体と公衆性を分離して認定することは、「公衆」が内在されている「公衆送信」という概念や条文構造に鑑みると妥当とはいいい難く、「公衆への送信目的」性のある行為主体の認定を先行させた上で、次に、実際の受信者の公衆性の認定(検証)がなされるべきである⁵¹、

境界領域の秩序形成―(『まねきTV』『ロクラクⅡ』の差戻審判決を踏まえて) コピライト613号(2012)40頁以下。

⁵¹ 作花文雄・前掲注50・38～49頁。「公衆送信」という概念に着目した反論とは、著作権法上における「演奏」などの利用行為に対する規定と異なり、「公衆送信」という概念には既に「公衆」要件が含まれており、行為の主体を認定するにも公衆への送信目的が考慮すべき要素となる、ということである。条文の構造からの反論とは、立法趣旨に鑑みて、公衆送信の一態様である自動公衆送信の準備段階としての送信可能化行為について、「公衆への送信目的」を不要とする解釈が「相当に不

というのである。

確かに、自動公衆送信の上位概念である「公衆送信」は、多くの支分権（たとえば、「口述」、「演奏」、「上演」）とは異なり、行為の定義の中に「公衆」という用語が含まれており、著作権法22条～22条の2・24条～25条がそれぞれの規定の中で行為とは別個に「公に」（＝「公衆に直接見せ又は聞かせることを目的として」）という文言を置いているのとは異なる書きぶりとなっている。しかし、これは、WIPO著作権条約の影響の下でこの新たな支分権を命名したからにすぎないと思われる⁵²。公衆送信権自体に「公衆」という文言が含まれることを理由として、同様の文言を含まない他の支分権と異なる判断枠組みを採用すべきであるという主張は、やや説得力に欠けるところがあるといわざるを得ない。

③ 法規範の趣旨という視点から

そもそも「1対1」的な送信装置だけをもって、著作権の権利範囲外にあるという発想の背後には、このような装置が個々の私人にそれぞれの自宅で利用される場合は著作権侵害にならないのであるから、私的利用のための便利さを提供するにすぎない本件サービスも著作権侵害にならないはずであるという価値判断が存在するのだろう。しかしながら、「1対1」

自然であり、不合理である」、ということである。

⁵² WIPOの二条約の制定作業が進行する前の段階では、「送信権」なる言葉が用いられていた（前掲注12に対応する本文を参照）。

もっとも、条約を実施するために国内法を改正する際に、条約の文言を如何に翻訳するか、あるいは条約の規定を如何に国内法に体系的に取り入れるかについて、一貫したルールはそもそも存在しない。たとえば、日本の著作権法上の「上演権」の場合、上演という文言はもちろん、これに対する定義規定（著作権法2条1項16号）にも「公衆」への言及はなく、支分権の内容に係る規定（著作権法22条）において初めて「公に」という要件が現れるが、その母法たるベルヌ条約11条では、権利の名称として「right of public performance」という文言が用いられ、権利の内容にはこれとは別に「公衆」要件に言及があるわけではない。「公衆送信権」が範としたWIPO著作権条約8条はベルヌ条約11条と同じ構成を採用しているものの、条約実施のため日本の国内法改正が行われる際に、特別な理由もなく、同様の構成を採用することになった。

的な送信装置は「1対多」的な送信装置に比べると、利便性や低コスト性において必ずしも優れたものとはいえず、送信の主体にとって受信者が不特定多数の者である場合には、そこに送信された著作物または放送の利用価値が微々たるものに止まるとまではいえないのではなかろうか。このように考えるのであれば、「それに見合った対価を権利者に還流させる方策をとることに合理性が認められる反面、私的使用に比べればそのチェックは相対的に容易であり、禁止権を及ぼしても、その権利が直ちに画餅に帰するということにはならない」ように思われる⁵³。単に「1対1」的な送信機能でなされていることのみをもって同装置の利用を一律に適法としてしまうと、このような装置を利用するサービスに現れた著作物の利用価値を著作権者に還流させることができなくなってしまうかねない。

④ 著作権法規制と伝達技術の関係

付言するに、原判決のように、公衆への送信であるか否かを判断するために、まずは使われた自動送信装置の機能に着目しなければならないという手順を採用する場合には、行為者が当該自動送信装置が現実に関節を發揮する場面において如何なる役割を果たしたとしても、それとは無関係に自動送信装置の機能のみによってその者の行為が適法か違法かの結論が先取りされてしまうことになる。特に自動公衆送信に関わる場合、自動的に送信できるようにするために、送信者と受信者の間には送信装置のみが介在している場合が殆どであろう。送信者と受信者の関係を考慮せず、自動送信装置の機能を決定的な要素とする判断手法の下では、著作権法が直接に技術の優劣を評価することになりかねず、これによって形成される法規範は実務において簡単に迂回されてしまう危険性がある。すなわち、「1対1」的に送信する機能がある装置を使えば、何人にも送信を行う営業を適法に展開できるようになってしまう。このような状況が長期にわたる場合には、侵害回避を可能とする新たな技術や新たな製品の開発によって、早晚、権利者の公衆送信権あるいは送信可能化権が蚕食されてしまいかねない。

⁵³ 田村善之・前掲注32・463頁。

(4) 小括

上告審判決が「自動公衆送信装置」の該当性を論じることとした理由は、自動公衆送信行為の該当性を判断するためではなく、送信可能化行為の該当性を判断するためであった。装置の物理的構造のみに着目する手法には、前述したように、著作権法の規律の実効性を簡単に失わせしめる危険性があることに鑑みると、送信可能化行為を判断する際に、事案を条文に当てはめるために「自動公衆送信装置」の該当性を検討せざるを得ないとしても、結局のところ、その作業は「自動公衆送信行為」の該当性を吟味する作業とすることが望まれる。そもそも著作権法上は、「自動公衆送信」行為について、当該行為の公衆性とは別個独立に公衆性を有する装置を使用することを前提としていないのであるから、自動公衆送信を判断するに当たっては、自動送信装置を使用していることさえ認定できるのであれば、直ちに次の段階である送信の主体を判断する作業に移行すべきであると思われる。その際には、自動送信の主体を判明させた上で、その主体から見た受信者が公衆といえるか否かを判断すべきである⁵⁴。そして、自動送信の主体から見た受信者が公衆といえる場合には、当該送信者による行為は自動公衆送信行為であり、かつ送信可能化行為であると評価されることになる⁵⁵。

要するに、上告審判決が、最初に公衆要件を排除して判断した行為主体

⁵⁴ もっとも、本件と異なり「1対1」の送信機能を有していない装置が使用された場合には、「まねきTV」上告審判決が提示した判断手順に従わなくても、結論に影響はない。ゆえに、本件後、テレビ番組の「1対多」的なインターネット転送サービスが問題となった「ジェーネットワーク」事件（東京地判平成23年9月5日判時2153号93頁〔ジェーネットワーク〕）において、判決は「まねきTV」上告審を引用しながらも、同上告審判決が提示した判断手順に従わず、送信可能化行為または複製行為の存在を認定してから、その主体を判断する段階に入ったのである。

⁵⁵ 既に述べた通り、送信可能化行為を規制する法の趣旨は、自動公衆送信行為の準備行為を規制することにあるため、送信可能化を行った者が送信を行っていると解することができる（青江秀史＝茶園成樹「第8章 インターネットと知的財産法」高橋和之＝松井茂記＝鈴木秀美【編】『インターネットと法〔第4版〕』（有斐閣・2010）269頁を参照）。また、本件のように、送信行為が現実的に行われた場合、送信可能化と自動公衆送信を厳密に区別する実益はなおさら乏しいといえよう。

とは、「自動公衆送信行為」の主体ではなく、「自動送信行為」の主体だったのである。上告審判決が採用した「自動送信」＋「公衆」という判断手順は、「自動公衆送信」＋「公衆」という枠組みと比べると、より法規範の沿革、意義ないし趣旨に沿ったものである、と評価できよう^{56 57}。

4. 自動送信の主体

(1) はじめに

従来の裁判実務においては、自動公衆送信行為だけではなく、複製行為

⁵⁶ もっとも、本判決後も、依然として、「原則として、1対1の送信と評価できるのであれば、『公衆』向けの送信ではないはずで」あり、本件が採用した判断手順は「極めて、規範的」であるという批判がいまだに有力に唱えられている(平成23年度著作権委員会第3部会「知っておきたい最新著作権判例」(まねきTV事件部分執筆担当:吉澤尚)パテント65巻4号(2012)91~92頁)。これに対し、吉田和彦「日本法律家協会民事法判例研究会判例研究(まねきTV事件・ロクラクII事件)」法の支配164号(2012)61頁は、著作権法上の定義規定に照らすと、「1対多」の送信機能を自動公衆送信装置の要件とする考え方もあり得るが、これは、「不特定少数(極端に言えば1人)も含む「公衆」定義と整合性を欠く憾みがある、と疑問を呈している。

⁵⁷ なお、上告審判決は、当てはめの前提としての規範定立の個所では、「公衆の用に供されている電気通信回線に接続しており」という文言を用いているが、具体的な当てはめの部分ではこの文言を「インターネットに接続しており」に入れ替えている。このような文言上の対比に鑑みる場合には、「公衆の用に供されている電気通信回線」とは、「インターネット」のような一般公衆に開放している電気通信回線に限られると解釈することも不可能ではないのかもしれないが、ここまで縷々述べてきたように、送信主体基準に従って判断すべきであるという上告審判決の論理からすれば、「公衆の用に供されている電気通信回線」にいう「公衆」も、送信主体基準に従って判断されることになる。たとえば、通常、特定の組織内部にのみ使用される「イントラネット」であっても、これを通じて送信を行う主体から見た受信者が公衆といえる場合、「公衆の用に供されている電気通信回線」と認定されるものと思われる。裁判例では、集合住宅向けにテレビ番組録画システムを提供するサービスについて、集合住宅の各居室の入居者が公衆である場合、サーバとビューワーとを接続している配線が電気通信回線であれば、「公衆の用に供されている電気通信回線」という要件が満たされるとする判決がある(前掲大阪地判[選撮見録]、前掲大阪高判[同控訴審])。

など著作権者が排他権を有する他の利用行為を含めて一般的に、条文上の根拠を見出せない中で行為主体を拡張するために、手足論やカラオケ法理など幾つかの規範的な主体論が展開されてきた。このような規範的な主体論は、物理的に利用行為を行っていない者を著作権法上という利用行為の主体とすることによって著作権侵害を広げる方向に働くため、その誕生の時点から絶えず批判に晒されてきたのであるが、それにもかかわらず幾つかの修正を経ながら現在に至るまで用いられている。そして、多くの見解によると、本判決、そして同時期に言い渡された「ロクラクⅡ」事件上告審判決は、ともに総合衡量を行うことによって従来の規範的な主体論をさらに昇華させたものであるという⁵⁸。本稿は、このような大方の見方に対して疑問を呈するものである。以下、検討を行う前提として、従来の規範的な主体論及びこれに対する批評を整理することとする。

(2) 規範的な主体論について⁵⁹

ここでいう規範的な主体論とは、物理的な観点から見た著作物の間接利用者の行為について、正面からその者の間接侵害者としての責任を判断せず、著作物の利用主体または侵害主体の概念を拡張解釈することによって、上記の者の著作権の直接侵害責任を問う解釈論である⁶⁰。学説上において、間接侵害者に対しても幫助法理や類推解釈などの手法を用いて差止請求を認めることができるという議論（以下「間接侵害論」）⁶¹が存在する⁶²が、

⁵⁸ 田村善之『ライブ講義 知的財産法』（弘文堂・2012）462頁。

⁵⁹ 以下に紹介するいずれの類型の規範的主体論も、利益性（または営業上の利益性）を考量要素の一つとするが、本件事案にとっては議論の実益がないため、以下の検討においてはこれを省略する。なお、利益性要素について疑問を呈した文献として、角田政芳「個室内の演奏－カラオケ事件」齊藤博＝半田正夫【編】『著作権判例百選〔第3版〕』（有斐閣・2001）33頁、田村善之「著作権の間接侵害」知的財産法政策学研究26号（2010）41～42頁、作花文雄・前掲注7・804頁以下などがある。

⁶⁰ この場合、他人の行為の性質も問題になり得る。すなわち、他人の行為も著作物の利用行為であるか否か、利用行為であれば侵害行為であるか否か、他人の行為とこれを支配・管理する者の行為は共同侵害行為であるか否かなど問題は検討する必要があるが、本稿の目的の関係でこれらに関する議論を割愛する。

⁶¹ 本稿にいう「間接侵害論」は狭義の意味において使用されている。これに対して、

実務においては、いわゆる間接利用者の行為について、規範的な主体論を展開させて著作権侵害を認めるのが現在までの傾向であり、間接侵害論が適用された事例は稀である⁶³。なぜなら、著作権法上の明文がない中で、

広義の意味において間接侵害論を使用し、規範的な主体論をその一つの方向、またそれに等しいものとして解するのが通説であろう。これについて、奥邨弘司・前掲注42・28頁以下、同「まねきTV・ロクラクⅡ事件最終後の著作権の間接侵害論」パテント64巻11号(2011)89頁以下を参照。前田健「著作権の間接侵害論と私的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号(2012)184頁以下も同じ見解(もっとも、上記の違いを「直接侵害拡張アプローチ」と「間接侵害アプローチ」の違いとして整理する見解として、前田健「侵害主体論と著作物の私的利用の集積―ロクラクⅡ・まねきTV最高裁判決の検討を契機として―」パテント64巻15号(2011)109頁以下がある)。

⁶² 前田陽一「著作権の間接侵害と民法理論―民法学史(物権的請求権と教唆・幫助の共同不法行為)の検討を通じて」著作権研究38号(2014)55～88頁を参照。

⁶³ カラオケ装置のリース業者の著作権侵害責任が問題となった「ビデオメイツ」事件(水戸地判平成11年4月14日民集55巻2号247頁[ビデオメイツ]、東京高判平成11年11月29日民集55巻2号266頁[同控訴審]、最判平成13年3月2日民集55巻2号185頁[同上告審])において、裁判所は、リース業者に注意義務があるとして、その著作権侵害責任を認めたが、この事件においては差止めが請求されていなかったもので、最高裁がリース業者の侵害主体性を認めたわけではないことに注意が必要である。

他方、「ヒット・ワン」事件(大阪地判平成15年2月13日判時1842号120頁[ヒット・ワン])において、大阪地方裁判所は、注意義務のみに基づき差止請求までも認定したが、その後、被告は控訴を取り下げたため、上級審の判断を仰ぐことができなかった。ただし、差止請求の具体的内容は、リース業者の一般的な賃貸行為を禁止するのではなく、無許諾の店舗に対してのみ、同事件における著作物の使用禁止措置を行うよう命じたにすぎない。ゆえに、少なくとも、同差止請求を認めた理由は、当該リース業者が自ら著作物の利用行為を行ったというところにはないように思われる。

その後の[選撮見録]事件(前掲大阪地判[選撮見録])では、第一審判決は集団住宅向け録画システムの提供・管理者が直接侵害行為者ではないとしたものの、著作権法112条1項を類推適用して同提供・管理者に対する差止請求を認めた。しかしながら、この「間接侵害論」は、控訴審判決(前掲大阪高判[同控訴審])において用いられず、一般のカラオケ法理によって侵害主体性が肯定されている。

もっとも、インターネット掲示板に書き込まれた著作権を侵害する内容について、その管理者の著作権侵害責任が問題となった「2ちゃんねる小学館」事件控訴審判

直接侵害の主体ではない間接侵害者の行為について法的責任を問うとすれば、民法上の一般不法行為として処理するほかない。そして、著作権侵害事件に限らず、一般的に言えば、不法行為法の枠組みの下で差止請求を認めることについて、多くの裁判所は躊躇を感じているように思われる⁶⁴。このような状況下では、不法行為の一般的な救済に関する裁判実務の伝統に挑戦するよりは、著作権法の枠組内に限定して侵害主体の認定のところで規範的な手法を採用する手法のほうが、他の法分野に影響しないという意味で実践的なアプローチであると感得されるという事情があるように思われる。

本判決は、少なくとも「間接侵害論」を採用していないことが明らかである。間接侵害類型に対して著作権侵害を認めた従来の裁判例に関しては、事案の類型に即して「人的行為支配型」（または「場所機会提供型」）、「物的手段提供型」（または「道具提供型」）、及びシステム提供型という3種類に分類する見解があるが⁶⁵、本稿では、この分類を参照して、規範的な主体論を用いて認定した行為と物理的な利用行為との距離を基準としつつ、本判決が間接侵害論を採用しなかったことに鑑み、規範的な侵害主体論に集中して裁判例等を検討することとする。

決（東京高判平成17年3月3日判時1893号126頁〔2ちゃんねる〕）は、他人による著作権侵害行為に対する管理者の過度の不作为を理由に、著作権侵害の不法行為責任のみならず、差止請求まで認めたが、その根拠が明確に示されたわけではない。

なお、著作権侵害事件ではないが、本判決後、商標権侵害事件において、商標法36条2項の解釈として、間接侵害者に対する差止請求権を認めた判決が現れている（知財高判平成24年2月14日判時2161号86頁〔Chupa Chups〕）。

⁶⁴ 平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』（弘文堂・2010）106頁によると、差止請求権の行使を不法行為の一般的效果とすることについて、「判例理論は必ずしも明確ではないが」、公害または生活妨害事件など数少ない下級審判決（大阪地判昭和43年5月22日判タ225号120頁〔大阪空港騒音〕や東京地判昭和43年9月10日判タ227号88頁〔日照権〕など）を除いて、「やはり否定しているものと解される」。

⁶⁵ 田村善之「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題(2)－寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用－」知的財産法政策学研究17号(2007)83～95頁、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(2007)143～190頁。

① 他人への支配・管理によって主体性が判断された場合

この場合、著作物の利用行為を物理的に行う者が明らかに存在する。たとえば、「中部観光」即時抗告審事件⁶⁶においては、抗告人が、その経営する社交場営業所で、相手方である日本音楽著作権協会が権利を有する楽曲を、第三者たる楽団に演奏させる行為が問題となった。裁判所は、演奏される曲目の選定が楽団に委ねられているとしても、このような選定が抗告人が「自由に支配しうる」ものであること、演奏行為により抗告人が「営業上多大の効果と収益を挙げている」ことを理由に、音楽著作物の使用者は抗告人と解さなければならない、と認定した。この事件において、楽団が物理的に楽器を用いて「演奏」を行ったことには異論がないだろう。しかしながら、裁判所は、楽団による楽曲の選定・演奏行為に対して支配的地位を有する者こそ、音楽著作物を「使用」し、楽譜の「興行権」を侵害したと認めるべきであると判断した。同様の理を用いた裁判例として、「ナニワ観光」事件がある⁶⁷。

これらの初期段階の規範的主体論⁶⁸を適用した裁判例は、その判文の中で、物理的な利用者に対しては「演奏」、規範的な利用者に対しては「使用」という異なる文言を使うことによって、物理的利用者と規範的利用者を明瞭に区別する意図があったのではないかと推察される。これは、旧著作権法において「興行権」に関する定義規定がなく、「演奏」や「使用」のような日常用語を用いて解釈を行う余地が大きかったからであろう。

しかしながら、昭和45年著作権法は、旧法にあった「興行権」を上演権・上映権・演奏権などに分けて定めている。その結果、具体的な事件において、裁判所は、「演奏」のような生活用語に関する常識的用語であっても、問題となった行為を具体的な支分権規定に当てはめる必要が生じた。たと

⁶⁶ 名古屋高決昭和35年4月27日下民集11巻4号940頁[中部観光]。

⁶⁷ これは、ほぼ同じ理論構成を用いて楽団に「演奏させた」主体が音楽著作物を「使用」した者であり、興行権を侵害したと判断した裁判例である(大阪地判昭和42年8月21日無体集2巻1号272頁[ナニワ観光]、大阪高判昭和45年4月30日無体集2巻1号252頁[同控訴審])。

⁶⁸ 同事件の論理は「手足論」とも呼ばれるが、著作権侵害事件における規範的な主体論の萌芽と見られる手法であることに変わりはないと思われる。

えば、「ビートル・フィーバー」仮処分異議事件⁶⁹において、裁判所は、債務者が公演企画者であり、公演から経済上の利益を得ることができるなどの要素を総合衡量し、公演中の楽曲の「演奏」が債務者の行為であると認定している。

このような傾向が定着したのは、「クラブ・キャッツアイ」事件⁷⁰においてである。同事件上告審判決は、「飲食店のホステスの場合はもちろん」、飲食店の顧客が同店に設置されているカラオケ装置を使って歌唱をした場合であっても、顧客の選曲などに対して飲食店側が勧誘ないし「管理」していること、及び顧客の歌唱から「営業上の利益」を得ていることから、飲食店側が「歌唱」の主体であると認定した。他人の行為に対して支配という程度にまでは至らず、管理の程度に止まる場合であっても規範的な主体性を肯定し得るという法理は、後にいわゆる「カラオケ」法理と名付けられるに至った。

同法理の最も特徴的な点は、従来の判例が採用した他人の行為への「支配性」要件を緩和させ、「管理性」にまで拡張させたところにあるといえよう。その背景には、当時の著作権法の附則14条によって「政令で定める事業」以外の事業において適法に録音された音楽著作物の演奏による再生を自由に行い得るものとされていたため、著作権侵害の責任を認めようとすると、従業員や顧客の「歌唱」による演奏に着目するほかなかったからである⁷¹。

⁶⁹ 東京地判昭和54年8月31日無体集11巻2号439頁[ビートル・フィーバー]。

⁷⁰ 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]。

⁷¹ 「クラブ・キャッツアイ」事件における伊藤正己裁判官の意見のように、「政令で定める事業」に対する解釈により、「カラオケ装置に着目し、カラオケ装置によるカラオケテープの再生自体を演奏権の侵害と捉える」という手法もあり得たところである。附則14条は演奏権に対する制限を定める一方で、その制限規定の例外として「政令で定めるものにおいて行われるもの」を除外するとしていた。この「政令で定めるものにおいて行われるもの」とは、著作権法施行令附則3条1号によると、「喫茶店その他客に飲食をさせる営業で、客に音楽を鑑賞させることを営業の内容とする旨を広告し、又は客に音楽を鑑賞させるための特別の設備を設けているもの」である。伊藤裁判官の意見は、本件のカラオケ装置の設置が「客に音楽を鑑賞させるための特別の設備…に準ずるもの」であり、演奏権が制限されない、という

このほか、否定例ではあるが、この類型の論理を用いた裁判例として、「スターデジオⅡ」事件⁷²がある。事案は、被告の一人である放送事業者が、レコード会社数社からなる原告らが著作権隣接権を有する音楽レコードを使用し、デジタル方式の有線放送を行ったというものである。レコード製作者は、放送に係る二次使用料のみを請求する権利しか有せず、複製権以外の著作権隣接権侵害を理由に損害賠償請求ないし差止請求を行うことができないのであるが（著作権法97条1項）、この事件の被告は、同一楽曲を繰り返し放送していたために、あえて侵害訴訟が提起されたのである。原告らは、被告が行う放送のための収録行為が受信者による複製行為の「実質的な部分」であり、また、放送番組の受信者による録音行為を積極的に援助・誘引・助長した被告の行為は管理・支配の程度に達していると主張して、著作権隣接権者としてのレコード製作者が有する「複製権」に対する侵害を組成するという論理を展開した⁷³。しかしながら、同判決は、受信者による録音が「被告の右行為による必然的な経過として生じるものではなく、受信者個々人の自由意思に基づく選択によって結果的に生じるものにすぎないのであるから」、被告による収録が録音＝複製行為の実質的な部分といえず、受信者が録音を行うか否かは被告がコントロールし得るものでもないため、被告の行為が受信者行為に対する管理・支配の程度に達したとすることはできず、ゆえに被告の規範的な主体性も成立しない

ものである。その後、カラオケボックスの事案ではあるが、伊藤裁判官の手法を適用し、「カラオケボックスが『客に音楽を鑑賞させるための特別の設備』を設けている」と認定することで、演奏権に対する制限規定が働かないと明言する裁判例が現れている（東京地判平成10年8月27日判時1654号34頁[ビッグエコー]、東京高判平成11年7月13日判時1696号137頁[同控訴審]）。もっとも、これらの判決は、他方で、カラオケ装置を使用する主体をカラオケボックスの経営者とすることにより、カラオケ装置による上映、及び顧客の歌唱による演奏の主体がカラオケボックスの営業主と認定する手法も合わせて採用している。

なお、著作権法附則14条は、平成11年6月23日の著作権法改正により削除されている（平成12年1月1日施行）。

⁷² 東京地判平成12年5月16日判時1751号149頁[スターデジオⅡ]。

⁷³ 本件では、上記の放送過程における音源データの一時的な蓄積が著作権法上の複製といえるか否かも主な争点であった。

と帰結した⁷⁴。

もつとも、この法理を用いた肯定例の中にあっても、各事案における管理・支配の程度には様々なものがある。たとえば、「中部観光」事件や「ビートル・フィーバー」仮処分異議事件、「我々のファウスト」事件において、規範的な利用主体は、物理的に演奏や上演行為を行った者に対して雇用関係にある使用者に類似する地位を有しており、積極的に物理的な利用行為を促す者であったと評価し得る事案であったように思われる。一方、「クラブ・キャッツアイ」事件のようなカラオケ社交飲食店の場合には、顧客の歌唱は、「スターデジオⅡ」事件における受信者と同様、自由意思により行われぬこともあるだろう。そこでは、規範的な利用主体と認定されたカラオケ店舗の経営者は、物理的な利用者に対して何ら法的な権原も有せず、消極的に場所や装置を提供しているにすぎない。このような者に対してまで、規範的な利用主体性を肯定する法理に対しては、当初から批判が加えられた⁷⁵。それにもかかわらず、最高裁判決によって確立され

⁷⁴ 既に述べた通り、同事件の当事者は放送や有線放送の権利を有せず、放送・有線放送に係る二次使用料請求権しか有していないレコード製作者である。レコード製作者の権利に対してこのような制限を設けた趣旨は、「商業用レコードが放送等で盛んに使用されるとその売行きが低下して商業用レコード製造の機会を失うとは言い難く、むしろ放送等が売行きを向上させる役割を果たしているというべきでありますから、レコード製作者に著作権隣接権としてのレコードの放送権や有線放送権を否定した代償として、通常の前定使用範囲を超えた使用によって利益をあげている放送事業者等の収益の一部をレコード製作者に還元させるべきであるという法益均衡論の考え方に」ある（加戸守行・前掲注11・628頁を参照）。この趣旨に鑑みても、二次使用料請求権による制限を迂回しようとするレコード製作者の請求は支持されるべきではないだろう。

⁷⁵ そもそも、「クラブ・キャッツアイ」事件上告審判決における伊藤正己裁判官の意見が、「客は……歌唱するかしないかは全く客の自由に任されているのであり、その自由意思によって音楽著作物の利用が行われているのであるから、営業主たる上告人らが主体的に音楽著作物の利用にかかわっているということではできない」ということを指摘していた。また、多くの学説は、カラオケ法理には法的な擬制のきらいがあり、カラオケという個別の事案を離れた一般的な射程を有する法理として通用させてはならないと考えている（高部真規子「著作権侵害の主体について」ジュリスト1306号（2006）114～133頁）。さらには、カラオケ法理の根拠及び射程にも

た法理として認識された「カラオケ」法理は、カラオケボックスのように消極的に場所や装置を提供するにすぎない事案を含めて、一般にカラオケ店舗の経営者において広く適用されるようになった^{76 77}。

疑問が呈されており、社会状況の変化やその適用の効果によってその射程が制限されなければならないといわれている(上野達弘「いわゆる『カラオケ法理』の再検討」『知的財産権法と競争法の現代的展開—紋谷暢男教授古稀記念』(発明協会・2006)781~799頁、奥邨弘司「変質するカラオケ法理とその見解についての一考察—録画ネット事件とまねきTV事件を踏まえて」情報ネットワーク・ローレビュー6号(2007)38~53頁など)。さらに、前述した附則14条の撤廃や、カラオケ店舗の実態が単純なテープ演奏からレーザーディスクによる動画を伴った上映、さらには有線カラオケによる配信へと変化してくるにつれて、「カラオケ法理」を用いることなく、これらのサービスを侵害に問い得るということが指摘されている(田村善之『著作権法概説[第2版]』(有斐閣・2001)176~178頁)。

⁷⁶ 高松地判平成3年1月29日判タ753号217頁[クラビクラ・まはらじゃ]、大阪地判平成6年3月17日知裁集29巻1号230頁[魅留来]、大阪高判平成9年2月27日知裁集29巻1号213頁[同控訴審]、大阪地判平成6年4月12日判時1496号38頁[大阪カラオケスナック刑事]、前掲水戸地判[ビデオメイツ]、前掲東京高判[同控訴審]、前掲最判[同上告審](もともと、「ビデオメイツ」の第一審及び控訴審においては、カラオケリース業者のビデオメイツのみならず、カラオケ社交飲食店も訴訟の当事者とされていた。「ビデオメイツ」事件のいずれの審級も「カラオケ法理」を踏襲し、カラオケ装置による音楽著作物の演奏・上映だけではなく、顧客や従業員による歌唱についても、カラオケ社交飲食店がこれらの行為主体であると認定した。その後、カラオケ社交飲食店が上告を取り下げた)などがある。

⁷⁷ もともと、前述したように、他人への「管理」によって主体性を判断することがカラオケ法理の特徴である以上、元来、「支配」を認定できる事案では、同法理に依拠する必要性に乏しい。前述したように、「クラブ・キャッツアイ」事件最判以前から、他人の行為に対する「支配」によって主体性を認める裁判例が散見されていたところである。「クラブ・キャッツアイ」事件の後、カラオケ以外の事案において、同法理を用いたとされる裁判例としては、たとえば「我々のファウスト」事件(東京地判平成10年11月20日知裁集30巻4号841頁[我々のファウスト])がある。この事件において、裁判所は、その文言上は、他人の行為への「管理」性及び営業上の利益性に基つき、公演の主催者が舞踊著作物の上演の主体であると認定しているので、「カラオケ」法理の射程内にあると指摘されている(田村善之・前掲注65・86頁)。しかし、同事件の事案は、従前の「支配」の要件を用いても、主催者の主体性を肯定することに特に支障はない事案であったことに鑑みると、「クラブキャ

② 装置への支配・管理によって主体性が判断された場合

カラオケクラブ等と異なり、サービス提供者が各サービス利用者に対して支配・管理を行う立場に立っているといい難い場合に関しても、司法実務は、装置に対する支配・管理に着目し、サービス提供者を規範的主体として捉えることがある⁷⁸。

たとえば、音楽著作物の電子ファイル交換サービスが問題となった「ファイルログ I」事件⁷⁹において、裁判所は、形式的に、当該サービスの利用者の著作権侵害行為がサービス経営者の管理の下で行われることを理由に、その経営者が著作権侵害の主体であると認定したが、その管理性認定にとって最も肝要なことは、サービス提供者が当該サービスの必要不可欠の交換ソフトに対する支配的な地位にあったということではないかと思われる。

また、テレビチューナー付きパソコンを操作する方法によりインターネットによるテレビ番組の録画・視聴を可能とするサービスが問題となった「録画ネット」事件⁸⁰において、仮処分申立決定は、サービス提供者による多くの装置への支配・管理に着目し、同サービスにおける複製が、サービス利用者の管理・支配下ではなく、債務者の強い管理・支配下において行われていることを理由に、債務者が複製の主体であると認定した。さらに、その後の仮処分異議決定は、サービス利用者と債務者が共同行為者であると認定したが、同抗告審決定は、「利用者ではなく、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

ッツイ」事件最判と平仄を合わせるために、判文において「管理」性要件と営業上の利益要件に言及されているとしても、実質的には「カラオケ」法理を援用する必要性に乏しい事件であったといえよう。

⁷⁸ 道具の使用における支配・管理という判断基準をカラオケ法理の変質と認識する見解も多数存在する。奥邨弘司「著作権侵害の教唆・幫助・間接侵害」知財研フォーラム87号(2011)42頁。

⁷⁹ 前掲東京地決[ファイルログ I]、前掲東京地判[同中間判決]、前掲東京地判[同第一審]、前掲東京高判[同控訴審]。

⁸⁰ 東京地決平成16年10月7日判時1895号120頁[録画ネット]、東京地決平成17年5月31日平成16年(モ)第15793号[同仮処分異議]、知財高決平成17年11月15日平成17年(ラ)第10007号[同抗告審]。

る」と明言した。

さらに、集合住宅向けの録画システムが問題となった「選撮見録」事件⁸¹において、第一審判決は、当該システムを実現する商品の販売者を、複製または送信可能化の主体と認定することはできないとしながらも、当該販売行為を直接侵害行為と同視することで、著作権法112条1項の類推適用を肯定し差止請求を認めている。しかしながら、控訴審判決は、当該録画システムの特性や、販売者が保守管理を行っていることを斟酌して、販売者が「販売後も使用者による複製等の過程を技術的に決定・支配している」ことと、販売者が「使用者による違法な複製行為等の維持・継続に関与し、これによって利益を受けている」ことを理由に、販売者が「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」と認定した。

また、CD等の楽曲を携帯電話で聴くことができるようにする1対1のインターネット上のストレージ・サービスが問題となった「MYUTA」事件⁸²において、裁判所は、当該サービスの中心的役割を果たすサーバを所有・支配・設置・管理していることやユーザーソフトを提供していること等に着目し、サービス利用者による複製行為と、自動公衆送信行為がサービス提供者の管理の下で行われていると評価できることを理由に、サービス提供者が複製行為と自動公衆送信行為の主体であると認定した。しかも、「ファイルログ」事件や後述の「TVブレイク」事件ではサービス利用者の主体性が否定されなかったのに対し、「MYUTA」事件判決においては、サービス利用者は、その行為を観念できるとしても、著作権法上の複製行為と自動公衆送信行為の主体にはならないと明言されている。

他方、動画投稿サイトの運営者の法的責任が問題となった「TVブレイク」事件⁸³において、第一審判決は、運営者によるサーバ、専用ソフトウェアに対する管理支配を重要視し、「当該運営者が著作権侵害行為を支配管理できる地位にありながら著作権侵害行為を誘引、招来、拡大させてこれにより利得を得る者であって、侵害行為を直接に行う者と同視できる」と認定した。控訴審判決もこれに同調している。

⁸¹ 前掲大阪地判[選撮見録]、前掲大阪高判[同控訴審]。

⁸² 前掲東京地判[MYUTA]。

⁸³ 前掲東京地判[TVブレイク]、前掲知財高判[同控訴審]。

③ 総合衡量論

以上に紹介した通り、従来の裁判例は他人の行為または装置等の使用に対する支配・管理性をもって著作物利用の規範的な主体を判断しているが、その支配・管理の程度には多様性があり、主体性に関する判断を確定的に予測することが困難な場合がある。前述した「スターデジオⅡ」事件はその典型例といえるが、上級審の判断を仰ぐことなく終了したため⁸⁴、大きな反響を巻き起こすことはなかった。規範的な主体論という法理の有する不確定性という難点を再び露呈し、大きな論議を呼んだのが「ロクラクⅡ」事件⁸⁵である。

「まねきTV」事件と同じく放送番組の転送サービスが争点⁸⁶となったこの事件において、第一審判決⁸⁷が、サービス提供者による親機等に対する管理支配性をもって複製の主体と認めるのに十分であると判断したのに対し、控訴審判決は、その管理の程度はいまだ実質的な管理・支配の水準に達していないと認定した。しかしながら、上告審判決は、サービス提供者による管理・支配に言及しながらも、「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」すべきである、という総合衡量論を打ち出し、同サービスにおける複製装置の自

⁸⁴ その後、敗訴した原告であるレコード会社等は控訴したものの、被告等との和解が成立したため、控訴を取り下げた。和解協議の内容については、<https://www.riaj.or.jp/release/2002/pr021226.html>（最終アクセス日：2014年7月16日）を参照。

⁸⁵ 前掲東京地判〔ロクラクⅡ〕、前掲知財高判〔同控訴審〕、前掲最判〔同上告審〕、知財高判平成24年1月31日判時2141号117頁〔同差戻控訴審〕。

⁸⁶ 「まねきTV」事件で問題となったサービスはテレビ番組の同時転送であるが、「ロクラクⅡ」事件で問題となったサービスはテレビ番組の録画視聴である。また、「まねきTV」事件における装置は市販の商品であるのに対し、「ロクラクⅡ」事件における装置はサービス提供者により製造・販売・貸与されるものである。ゆえに、「まねきTV」事件における主な争点は公衆送信権（自動公衆送信態様）や送信可能化権侵害の成否であるのに対し、「ロクラクⅡ」事件における主な争点は複製権侵害の成否であった。

⁸⁷ なお、これに先行する仮処分申立事件の決定においても、東京地方裁判所は同じ結論を下している（東京地決平成19年3月30日平成18年（ヨ）第22046号〔ロクラクⅡ仮処分申立〕）。

動化、及びサービス提供者による複製装置への入力という2つの要素に着目し、サービス提供者が複製の主体であると認定した⁸⁸。「ロクラクⅡ」事件上告審判決は、複製主体の判断に当たって総合衡量法理を用いており、装置または著作物の利用過程への管理・支配性は諸衡量要素の一つとして挙げられているに止まる。

確かに、従来、規範的主体を判断するために用いられてきた支配・管理性基準（対人の管理・支配性基準または対物の管理・支配性基準）は、その程度に対する評価次第で異なる結論に至り得るものであり、予見可能性を欠く法理であったといわざるを得ない⁸⁹。これは、デジタル技術がもたらす著作物の利用形態の多元化に対し、抽象的な条文や物理的な視点に着目する旧来型の手法では十分に対応できないことから必然的に生じる事態ということもできよう。ところが、これに代わる基準として「ロクラクⅡ」事件上告審判決が打ち出した総合衡量法理は、管理・支配性基準よりも潜在的に適用される範囲が広いものとなってしまうっており、物理的な行為の重要性が明らかに低下する一方で、著作物への利用全過程における多数の行為に対する評価を事案ごとに行うことを要求するものであるため、結論の不確定性を質的に増大する危険性をはらんでいる⁹⁰。それにもかか

⁸⁸ さらに、金築誠志裁判官の補足意見によると、控訴審判決は「複製行為を、録画機器の操作という、利用者の物理的、自然的行為の側面に焦点を当てて観察したものである」とあり、「本件録画の過程を物理的、自然的に観察する限りでも、原判決のように、録画の指示が利用者によってなされるという点にのみに重点を置くことは、相当ではない」。また、「カラオケ法理」を打ち出した「クラブ・キャッツアイ」事件上告審判決について、金築誠志裁判官の補足意見は、それも「単に物理的、自然的に観察するのではなく、社会的、経済的側面をも含めた総合的観察を行うことが相当であるとの考え方を根底においているもの」であると理解している。

⁸⁹ 鈴木将文「放送番組等の複製物の取得を可能にするサービスの提供者の複製主体性―ロクラクⅡ事件―」知財管理61巻10号(2011)1568～1569頁。

⁹⁰ 最近注目されている「自炊代行」著作権侵害事件(東京地判平成25年9月30日平成24年(ワ)第33525号[サンドリーム]、東京地判平成25年10月30日平成24年(ワ)第33533号[ユーブランニング])において、いずれの判決も、書籍の電子化作業を代行するサービスについて、単にその物理的な側面を捉えるのではなく、その一連の行為が、サービス提供者の支配下にあり、複製の実現に当たり「枢要な行為」である

ならず、最高裁が総合衡量法理を採用した背後には、「まねきTV」事件との関係に鑑みつつ、利用形態に即した判断基準を定立するという著作権法の喫緊な課題を克服するという意図が存するのではないかと推察される。この点については、後述(4)②における「まねきTV」事件と「ロクラクⅡ」事件との関係に関する分析の際に詳述することにしたい。

(3) 本件の論理について

ここで、上に示した従来の裁判実務における規範的な主体論を踏まえつつ、「まねきTV」事件における各裁判所が用いた主体論の位置づけの分析を試みてみよう。

まず、公衆要件の判断よりも自動送信主体の判断を先行させた本件の仮処分申立事件決定は、本件装置に対する管理・支配性というよりは、①本件装置が名実ともに利用者に所有されること、②その使用に技術的な困難が存在しないこと⁹¹、③各利用者が所有する装置が互いに無関係で独立に稼働すること、④送信の具体的内容を決定するのはサービス提供者ではないこと、⑤サービス提供者が利用者の視聴行為を管理していないことを重視し、サービス提供者の主体性を否定した。

同抗告審決定は、結論は同じであるものの、その理由を、自動公衆送信装置に独自の公衆要件を課し、本件装置が自動公衆送信装置に該当しないことに求めており、それがゆえに本件サービス提供者は「自動公衆送信」または「送信可能化」の主体になり得ないと認定した。

これに対して、本件第一審判決は、抗告審決定における知財高裁の論理に従わず、再び送信主体の判断を先行させ、仮処分決定で用いられた論理通りにサービス提供者の侵害主体性を否定した。しかし、控訴審判決は、やはり同裁判所が下した先の抗告審決定の論理に拘り、自動公衆送信装置

ことを理由に、サービス提供者の主体性を認定した。これに対し、「MYUTA」事件のような「複製対象コンテンツをサービス利用者側が用意し機器に入力する事例」では、「直接的な利用行為の主体は利用者と認定される可能性がむしろ高いとすらいえる」（金子敏哉「テレビ番組の録画・転送に係るサービスと複製の主体（ロクラクⅡ上告審）」速報判例解説9号(2011)287頁）。

⁹¹ 同要素は前記した「MYUTA」事件判決においても非常に重視された要素である。

の非該当性から侵害主体性を否定したのである⁹²。

以上をまとめると、東京地裁は、従来の裁判実務において採用されてきた「他人への支配・管理」と「道具への支配・管理」両基準をともに参照しつつ、本件における支配・管理の程度が主体性の判断に必要な程度に達していないとしたのに対し、知財高裁は、自動公衆送信の判断に、自動公衆送信装置が客観的に存在することを前提とし、規範的な主体判断はおろか一般的意味における送信主体の判断すら回避したのである。

しかしながら、上告審判決によれば、①自動公衆送信の主体を判断するのに先立って、「自動送信」装置が「自動送信」できる状態を作り出す行為を行う者が誰であるのかということ判断すべきである、②特に電気通信回線に接続している自動送信装置に継続的に情報が入力されている場合には、入力者が送信の主体である、③本件送信装置の特徴に照らして、仮に装置が既にインターネット上に接続されていれば、これをテレビアンテナに接続させ、かかる設定・設置・管理も行えば、自動的に送信できるようになる、とされる。この論理の枠組みの下では、インターネットへの接続を除く一連の行為が入力となり、ゆえに、これらの行為を行う者が入力者となる。

他方、東京地裁は、各サービス利用者が送信の主体であると認定したのに対し、上告審判決は、各受信者がその手元にある端末を操作する行為は、

⁹² もっとも、控訴審判決は、傍論として、たとえ「公衆」要件の判断において送信主体基準を採用すべきであり、かつ、本件被告が送信主体であると仮定したとしても、本件被告にとっても任意の一台の装置を通じて行われた送信は、公衆に対するものにはなり得ないと述べ、規範的な主体論を用いて被告を送信主体と認定する判断に与したとしても、いずれにせよ、自動公衆送信装置に必要となると控訴審が考えている独自の公衆要件が充足されることはないため、著作権侵害が成立しないこと変わらない旨を明言した。この傍論は、控訴審といえどもそれまで裁判実務の趨勢を示していた規範的な主体論を否定するわけではなく、ただ、自動公衆送信の前提となる(と控訴審が考えていた)自動「公衆」送信装置が本件では存しないことこそが、本件において公衆送信該当性が否定される理由であることを明確化するとともに、このように公衆要件を駆使して侵害主体該当性を論じる必要をなくすことで、従前、規範的主体論に加えられていた予測不可能という批判を、幾分なりとも和らげることを意図したのではないかと思われる。

自動公衆送信の定義にいう「求め」に該当すると位置づけている⁹³。

(4) 分析

以上見てきたように、従来、著作物の利用主体の規範的な判断は、利用行為の形態に関係なく、利用過程に着目し、他人の行為または装置への支配・管理性の程度次第で結論を違えるというアプローチがとられていた。実務の発展とともに、複製、演奏、公衆送信といった各種利用行為に特化した理論ではなく、より一般的な射程を有する規範的な主体論や間接侵害に関する研究が盛んになされてきた⁹⁴。

そこでは、演奏・上演や複製のような、既に一般的に使用されている日常用語でありながら、著作権法にも取り入れられている利用概念に関して、その主体に関する法的判断が日常生活の感覚と齟齬をきたす事例が頻出しており、それがゆえにこの種の規範的判断は絶えず批判に晒されてきた

⁹³ すなわち、サービス利用者のインターネットを通じて指令を送る行為は、「求め」を超える意味を有する行為であるとはいえないので、サービス利用者は送信の主体ではないというのである。山田真紀・前掲注31・102頁を参照。

⁹⁴ 主な文献として、高部真規子・前掲注75・114～133頁、上野達弘・前掲注75・781～799頁、吉田克己・前掲注65・143～189頁、田村善之・前掲注65・83～95頁、潮海久雄「著作権侵害の責任主体—不法行為法および私的複製・公衆送信権の視点から」野村豊弘＝牧野利秋【編】『現代社会と著作権法—斉藤博先生御退職記念論集』（弘文堂・2008）197～227頁、平嶋竜太「著作権侵害主体の評価をめぐる議論について—私的利用領域の拡大と差止範囲画定の視点から」野村豊弘＝牧野利秋・前掲228～260頁、奥邨弘司「著作権の間接侵害—日米裁判例の動向と実務への影響、今後の課題—」コピーライト582号（2009）2～30頁、田村善之「著作権の間接侵害」知的財産法政策学研究26号（2010）35～73頁、大淵哲也「著作権侵害に対する救済（1）・（2）」法学教室356号142～151頁・360号137～143頁（2010）、田村俊明「著作権侵害の主体を巡る法的理論」知的財産専門研究7号（2010）229～257頁、今村哲也＝奥邨弘司「著作権の侵害主体」高林龍【編著】『著作権ビジネスの理論と実践Ⅱ』（成文堂・2011）279～317頁、大淵哲也「著作権間接侵害考察のための2本の分析軸」高林龍＝三村量一＝竹中俊子【編】『現代知的財産講座Ⅰ 知的財産法の理論的探究』（日本評論社・2012）251～272頁、大淵哲也「著作権間接侵害の基本的枠組（前編）」著作権研究38号（2014）2～53頁、前田陽一・前掲注62、三村量一「カラオケ法理の考え方と最高裁判決」著作権研究38号（2014）89～103頁などがある。

のである。本件まねきTV上告審判決に対しても、こうした一連の流れの中で、「ロクラクⅡ」事件上告審判決と並んで、総合衡量法理を打ち出した判決であるとの理解に立脚した批判が加えられている⁹⁵。しかしながら、公衆送信とりわけ自動公衆送信や送信可能化という概念が、デジタル技術に対応し、国際条約を実施するために作り出されたものであるということ念頭に置きながら、本件上告審判決の論理を紐解く場合には、果たして同判決が示した侵害主体の行為が、「物理的」利用行為ではない、規範的な利用行為と位置づけることが正鵠を射た理解といえるのかということが問題となる。

① 法規範の沿革・意義・趣旨という視点から

前述の通り、公衆要件の判断は、送信主体を判断した後でなされなければならないものである以上、まずは、公衆概念を省いた自動送信の主体の判断を先行させる必要がある。著作権法における公衆送信及び自動公衆送信の定義に鑑みれば、自動送信の主体とは、すなわち「受信者によって直接受信を目的として、受信者の求めに応じて自動的に送信」する主体である。送信が受信者の求めに応じて「自動的に」行われるということは、送信が開始する時点で、送信者が特に何らかの行為を行うことはなく、あるのは受信者のリクエスト行為のみである、ということの意味する⁹⁶。自動公衆送信の主体を判断するに当たって、送信が行われる時点で何らかの行為を必要としないとすれば、本件の場合、端的に送信の始点となるテレビアンテナが被告の営業所にあることをもって、送信の主体が被告であると認定することに、文言解釈上何らの支障もない⁹⁷。そこにあえて規範的主

⁹⁵ 田村善之・前掲注58・462頁。

⁹⁶ 「自動的に」について、半田正夫＝松田政行・前掲注43・189頁〔水谷直樹執筆担当部分〕も同様に理解している。すなわち、「『自動的に』とは、公衆からの求めがあった場合に、人間による格別の操作を経ることなく、自動的に送信することを内容としている」。

⁹⁷ もっとも、自動公衆送信の定義規定のみを根拠として、自動送信の主体を判断することはかなり恣意的に行われる可能性もある。実際、「ロケットニュース動画リンク」事件(大阪地判平成25年6月20日平成23年(ワ)第15245号〔ロケットニュース

体論を介在させる必要性はどこにもない。

また、送信可能化の主体⁹⁸とは、定義規定に例示されている5つの行為を行うことにより、「受信者の求めに応じて自動的に送信」し得るようにする主体である。本件送信過程において情報の固定・蓄積がなく、送信終了後にも情報が残留しないことに鑑みれば、本件送信が問題となるのは、入力型送信可能化の該当性のみである。自動公衆送信に比し、送信可能化に関する定義規定は詳細であり、その主体を物理的に判断することも容易であると思われる。すなわち、上記自動公衆送信に関する分析にあっては、被告以外に積極的に物理的な行為をなしている者が存在するのかということを問うたが、それとは逆に、受信者が本件において果たして如何なる物理的な行為をなしているのかということに着目すると、個々の受信者は、それぞれの送信装置を被告の営業所まで送ってはいるものの、そこから受信のリクエストを行うまで、送信装置をコントロールすることができないことを指摘し得る。換言すれば、送信装置が被告の営業所に到達してから自動送信できる状態に至るまでの行為は、全て被告によって完成されているのである⁹⁹。したがって、現実には送信が行われる前に、本件自動送信装

動画リンク])において、判決は端的に、同事件における動画が動画サイトのサーバから送信されたことを理由に、その送信の主体が動画サイトの管理者であると明言している。もっとも、同事件で問題となったのは動画サイトにアップロードされていた動画へのリンクを張る行為であり、動画サイトの管理者はそもそも訴訟に参加しなかったため、動画サイト管理者の責任は争点とならなかった。

⁹⁸ 送信可能化の定義規定にある「自動公衆送信」、「自動公衆送信装置」、「公衆の用に供されている電気通信回線」及び「公衆送信用記録媒体」等の一連の概念の公衆要件が、前述した通り、送信の主体を判断してから判断しなければならないことに鑑みて、送信可能化の主体を論じる本節では、意図的に公衆という構成要件を考慮しないこととする。

⁹⁹ したがって、本判決は、本件送信行為を、送信可能化のうち、既に電気通信回線に接続している場合に送信装置に入力するという形態(著作権法2条1項9号の5イ)として捉えるが、仮に本件送信行為をして情報が入力されている送信装置を電気通信回線へ接続させる形態(著作権法2条1項9号の5ロ)と捉えたとしても、主体認定の結論が変わるところはないと解される。すなわち、一口に「接続」行為といっても、本件テレビアンテナへの「接続」は著作権法2条1項9号の5イが定める行為であり、インターネットへの「接続」は著作権法2条1項9号の5ロが定め

置に情報を入力し、これを自動送信できるようにしたのも被告にほかならないと考えるべきである。

そもそも、自動公衆送信と送信可能化は、同じ態様の送信が行われる過程における異なる段階にすぎず、その境界線は送信が現実を開始する時点であるため、その区別は受信者のリクエストの有無にすぎない¹⁰⁰。このことに鑑みれば、両者の主体が同じ者と評価されることは当然の理であるということもできよう¹⁰¹。「自動公衆送信の主体は、送信行為それ自体ではなく、送信が行われる得る状態に着目し、そのような状態にしている者が誰かという観点から判断されなければならない」¹⁰²という見解も同様の理解を前提としていると思われる。本判決は、自動送信の主体を判断する際に、送信可能化の定義規定から、「公衆の用に供されている電気通信回線に接続して」いる自動送信装置に「入力」することを基準とし、よって自動公衆送信と送信可能化が同一過程の異なる段階であることを再確認している。

本件サービスの本質は、私的利用の集積にすぎないという見解もあり得る。確かに、本件の場合、サービス提供者がいなくても、各サービス利用者が自動送信装置をその自宅に設置すれば、簡単にテレビ番組を視聴できるだろう。また、通常放送に必要となるものがテレビ等の市販の受信装置であるのと同様に、本件サービスに必要となるものも市販の自動送信装置

る行為である。

¹⁰⁰ このような思考は実務においても受け取られていると思われる。たとえば、前掲東京地判[フェイルログ I 中間判決]は、受信者の求めに応じて自動的に送信し得る状態に至った時点で、情報が送信可能化されたものであり、さらに、情報が受信側パソコンに送信された時点で、自動公衆送信がされたものと解することができる、と述べている。

¹⁰¹ 奥邨弘司・前掲注42・29～30頁、島並良「自動公衆送信の主体—まねきTV事件」ジュリスト1440号(平成23年度重要判例解説)(2012)282頁も同旨。

¹⁰² 青江秀史=茶園成樹・前掲注55・269頁。本件調査官解説も同見解を引用し、これに賛同する(山田真紀・前掲注31・101頁)。もっとも、同見解は、「かかる送信を公衆への送信と捉えるのであれば」ということを前提としており、本件のような、主体判断に先立って予め公衆への送信が成立するか否かを判断することができない事例を想定していない、ということは否めない。

でしかない。しかしながら、各サービス利用者が定期料金を支払ってまであえて本件サービスを利用する理由はどこにあるのかという点、おそらくサービス利用者の大半は、本件放送番組の媒体である電波を直接受信できる立場になく、ゆえに本件サービス提供者の転送サービスを必要とするのではないかと推察される。そうだとすると、多くの本件サービス利用者にとって、自ら受信できない電波を転送してくれるという点で、本件サービスは、通常の再放送・再有線放送とは質的に異なるものとなる。そして、無料で受信した電波を、自動送信装置を通じて送信するだけで相応の利益を得られるビジネス・チャンスがあるということは、本件番組がそれだけの利益を獲得する潜在的な可能性を秘めていることを意味している。そもそも、私的利用を自由にする理由は、それらが通常非効率的かつ非一斉に行われるからである。本件のサービスのよう、一見、各サービス利用者がその所有する装置を利用するための環境を提供しているにすぎないように見えるが、結果的に各サービス利用者に効率的かつ一斉に（各サービス利用者によりそれぞれの自宅で設置する必要がない）送信することになるものは、このような私的利用を著作権の範囲から除外する趣旨が妥当しないものであるように思われる。

さらに、デジタル技術の発展につれて、万全な機能を有する「自動装置」が普及し、著作物を享受する者がこれにワン・クリックの操作を施すだけで送信が行われる態様が主流になっていくだろう。自動送信装置を通じて最終的に著作物を享受（≠著作権法上の利用）する者が誰であろうと、著作物たる情報源をコントロールすることによって自動送信装置を機能させる者こそ送信の主体であると判断した本判決に対しては、こうした技術の将来の状況を見据えた明があると評価することもできよう。

② 規範的主体論との関係について

以上の分析から明らかなように、本判決は主に自動公衆送信に関する著作権法の条文の文言に鑑みて本件送信の主体を被告であると認定した、と考へても差し支えないように思われる。ところが、本判決の採用した判断手法に対しては、行為の物理的な側面ではなく、規範的主体論と同様、規範的な側面を捉えたものであるという主張が散見される。端的に、本判決について、カラオケ法理ではなく、総合衡量説に舵を切ったとの評価もな

されることがある。仮にカラオケ法理に従うとするならば、サービス利用者の行為は被告の支配管理の下にはないから、「支配管理性」という要件をみたさないゆえ、被告の行為が権利侵害にならないことになる、というのである¹⁰³。他の多くの判例評釈も、判決が「支配管理性」や「営業上の利益性」に言及しなかったため、本件はカラオケ法理の変容的な適用の事例である¹⁰⁴か、総合衡量説を適用したと主張している¹⁰⁵。

しかしながら、本判決が用いた主体の判断基準は規範的主体論とは明らかに異なるものである。従前の裁判例では、「他人への支配・管理性」基準を用いる規範的主体論の第一類型、「装置への支配・管理性」基準を用いる規範的主体論の第二類型もともに、まず物理的な利用行為または利用主体を確認した上で、独自の判断基準を用いて他者を規範的利用主体としていた。これに対して、本判決は、公衆要件の判断に当たって被告と個々の受信者との関係に言及はしているものの、送信主体の判断において個々の受信者の行為に対する被告の支配・管理の存在を確認する作業はなしていない。他方、確かに、本判決は、入力基準を本件事案へ当てはめる際に、情報が継続的に入力されるようにする行為として、ベースステーションをテレビアンテナと接続させる行為以外にも、テレビアンテナとベースステーションに対する管理という要素にも言及している。しかし、やはり前述の通り、個々の受信者の行為は自動送信する情報を受信するための「求め」にすぎない、という本判決の立場に鑑みれば、あくまでも物理的な利用行為に着目するという立場を堅持しつつ、入力という積極的に送信装置を機能させる状態を作り出すことに加えて、消極的にそのような状態を維持することもまた入力者判断の基準となり得るという立場を前提として、そのような状態を物理的に維持している者が誰であるのかということを確認

¹⁰³ 田村善之「著作権法に対する司法解釈のありかた—美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材に—」法曹時報63巻5号(2011)5頁。

¹⁰⁴ 泉克幸・前掲注48・1386頁。

¹⁰⁵ 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(2011)8頁、今村哲也「放送番組を利用者からの求めに応じ自動的に送信する機能を有する機器を用いたサービスの適法性が争われた事例」速報判例解説9号(2011)276頁。

したにすぎないと思われる¹⁰⁶。要するに、本判決が展開した主体論は、規範的主体論ではなく、単に物理的に送信装置に入力する者を認定しているに止まるのである¹⁰⁷。

他方、本件主体認定の手法は規範的であると主張する見解のうち、起草者の説明を根拠とするものも存在する¹⁰⁸。本件被告の行為は、送信を仲介する通信設備を単に設置、管理、運営しているにすぎず、情報の記録やネットワークへの接続等を単純に依頼を受けて機械的に行うだけであるため、送信可能化に関する権利侵害の責任を問われるものではないはずである、というのである¹⁰⁹。しかし、この説明が元来、前提としている事例は、既に電気通信回線に接続されている自動送信装置に情報を記録・入力する場合であり、「ネットワーク・プロバイダー」をその典型例とするものである。そこでは、プロバイダーは確かに形式的には自らのサーバ＝自動公衆送信装置を常に電気通信回線と接続するように設置・管理してはいるものの、当該装置に記録・入力される情報を最初からコントロールしているわけではなく、他の誰かが他所からアップロードする情報を機械的に受け取るにすぎない。このようなプロバイダーの事例と、本件のように本件送信の情報源が被告営業所にあるテレビアンテナであるという事例とでは、問題となる状況が質的に異なるといわざるを得ない。本件にあっては、テレビアンテナを本件自動送信装置と接続させることによって初めてテレビ番組という情報が自動送信装置に入力されることになる。自動送信装置に情報を記録・入力する者は、記録・入力する前に既に情報そのものをコントロールし、またそれにアクセスできる状態にある者にほかならない¹¹⁰。

¹⁰⁶ 同様な見解を有するものとして、青江秀史＝茶園成樹・前掲注55・269頁を参照。

¹⁰⁷ 少なくとも、本件の主体判断には、規範的な側面が大きいとはいえないという見解も存在する(山田真紀・前掲注31・102頁)。

¹⁰⁸ 小泉直樹・前掲注105・8頁、同「自動公衆送信装置と送信の主体」民商法雑誌145巻2号233頁、泉克幸・前掲注48・1385～1386頁。

¹⁰⁹ 加戸守行・前掲注11・45頁。

¹¹⁰ 逆にいえば、情報の行方を把握できない者が、おそらく入力者とされることはない。たとえば、本件装置にテレビアンテナが内蔵されている場合、送信可能化の主体が放送事業者自身となるという解釈は一見あり得るが、放送事業者は、このようなデータ変換を行ってそこからインターネットに転送するような機能を有する

本判決は送信主体の認定について「規範的評価をするまでもないと考えている」との評価¹¹¹は正鵠を射ていると考えられる。

以上の分析を踏まえると、本判決と「ロクラクⅡ」事件上告審判決との関係を如何に捉えるのかということが興味深い問題となる。「ロクラクⅡ」事件の事案は、まさに「公衆の用に供されている電気通信回線に接続することにより、当該装置に入力される情報を受信者からの求めに応じ自動的に送信する機能を有する装置が、公衆の用に供されている電気通信回線に接続しており」、これに情報が「記録」される場合であった。仮に「ロクラクⅡ」事件においても、本件と同様に、「公衆送信」権または「送信可能化」権侵害の成否が争点とされていたのであれば、本判決と同様、自動送信装置をテレビアンテナに接続させたサービス提供者を、情報の記録者、あるいは情報が記録される自動送信装置を電気通信回線と接続させる主体とみなすことが可能であったことに疑問はない。

ところが、「ロクラクⅡ」事件で問題とされたのは「複製」権侵害であった。そして、「複製」に関しては著作権法の条文上の立場が明確にされており、具体的には、受信者の「自動公衆送信を受信して行うデジタル方式の録音または録画」（いわゆる「ダウンロード」行為）は「複製」に当たると定められている（著作権法30条1項3号）。ここでは、送信者ではなく、受信者が「複製」の主体であることが明文上、前提とされているといわざるを得ない。このことは、条文を機械的に当てはめる限り、「ロクラクⅡ」事件においては、サービス提供者ではなく、個別のユーザーが「複製」の主体であると認定されざるを得ないことを意味している。ところで、「自動公衆送信」、「送信可能化」について下された「まねきTV」上告審判決の示した法理は、根幹においてサービスの態様を異にしない「ロクラクⅡ」事件の事案にもそのまま妥当するのであるから、「まねきTV」上告審の射程の下では、「ロクラクⅡ」事件におけるサービス提供者は「自動公衆送信」または「送信可能化」の主体であるということになる。すなわち、

機器を想定しておらず、具体的認識を欠いていたため、「入力者」とはならないだろう（奥邨弘司・前掲注42・33頁）。

¹¹¹ 田中豊「利用（侵害）主体判定の論理—要件事実論による評価」ジュリスト1423号（2011）17頁。

前者の「複製」に関し著作権法の明文から抽出される論理と、後者の「自動公衆送信」、「送信可能化」に関し「まねきTV」上告審判決から導き出される論理の双方を「ロクラクⅡ」事件に適用すると、同事件で問題となったサービス業者は、「自動公衆送信」または「送信可能化」をなしているが、「複製」はなしていないという奇妙な結論に至ってしまう。これは、「等しいものは等しく扱う」という素朴な正義観から違和感を覚えざるを得ない結論といえよう。

くわえて、前者の著作権法の明文から要請される結論は、「ロクラクⅡ」事件における各受信者は、「著作権を侵害する自動公衆送信を受信してデジタル方式の録画」を行う者として、著作権侵害の民事ないし刑事責任を問われる可能性さえ存在することを意味する。

したがって、最高裁は、等しいものは等しく扱うとともに、一般的なサービス利用者に著作権法違反の危険に晒される可能性を回避するために、著作権法30条1項3号との法的インテグリティ¹¹²を犠牲にしてまで、「ロクラクⅡ」事件におけるサービス提供者を複製の主体と認定したのではないかと思われる¹¹³。

¹¹² ロナルド・ドゥウォーキン【著】小林公【訳】『法の帝国』（未来社・1995）160～161・340～363頁、内田貴「探訪『法の帝国』—Ronald Dworkin、LAW'S EMPIREと法解釈学—（一）」法学協会雑誌105巻3号（1988）233～235・246～253頁、尾崎一郎「トートロジーとしての法（学）？—法のインテグリティと多元分散型統御—」新世代法政策学研究3号（2009）195～196頁。

¹¹³ このような法解釈は、實際上「自動複製可能化」という権利を著作権者ないし著作隣接権者に与えたのではないかと思われる。すなわち、サービス利用者の行為を複製のリクエストと位置づけ、同事件装置がそのリクエストに応じて自動複製をできる状態を作り出す行為こそ、直接の利用行為に該当する。なお、自動複製過程におけるサービス利用者の行為をリクエストとみなす手法を、自動公衆送信過程におけるサービス利用者の行為がリクエストに該当することと同様に、「リクエスト者法理」と名付ける見解（大淵哲也・前掲注94（2012）・256頁。もっとも、同法理の前身と考えられる「ジュークボックス法理」について、大淵哲也・前掲注94（2010）・356号142頁注4を参照）が存在する。しかしながら、自動公衆送信と複製に関する制定法上の差異を念頭に置くと、同じ認定を、自動公衆送信の場合に適用することは文言解釈の範囲を超えないが、複製の場合に適用することは「擬制的」とであるといわざるを得ない。

(5) 小括

一部に誤解があるが、本件上告審判決は、著作物の利用主体の判断について、従来の裁判実務が発展させてきた「道具への支配・管理」基準を採用したものではない。本判決は、むしろ自動公衆送信という利用形態に即して、当該利用形態に必然的に使用される「自動送信装置」に情報を入力する者を判断する基準を示し、その当てはめにおいて、本件における受信者の指示が自動公衆送信の定義にいう「求め」に該当することを確認し、もって受信者ではなくサービス業者が送信の主体であると認定したのである。ゆえに、本判決が着目しているのは、行為の物理的な側面である。本判決の示した法理の下では、自動公衆送信・送信可能化に関する主体判断には、情報源をコントロールする者が誰であるのかということを確認することが重要になってくるだろう。

V. 結び—本判決の射程—

本判決は、①自動公衆送信に関する判断は、自動送信の主体+主体基準の公衆性という枠組みに従って行うべきこと、②自動公衆送信の主体と送信可能化の主体は同一であることから、自動送信の主体判断は、送信可能化の定義規定を参照してよいことを示した。

1. 判旨①について

既に述べた通り、本件は、「1対1」的に送信する機能に限定された自動送信装置を用いて公衆に対する送信を行った行為が問題となった事件である。これに対して、従来の自動公衆送信に関わる事件の多くで問題とされた物理的に「1対多」型の送信装置を用いた公衆に対する送信に関しては、本判決のように、あえて自動公衆送信の判断手順を明示する必要はない。たとえば、本判決後に下された「ジェーネットワーク」事件¹¹⁴判決は、自動公衆送信装置にいう公衆の要件について本件と同様の論理を用いたが、同事件の送信装置は「1対1」的に送信する機能を持たず、本件の

¹¹⁴ 前掲東京地判[ジェーネットワーク]。

論理を使わなくても、公衆要件を肯定することができたはずである。したがって、特に「1対1」的に送信する機能がある自動送信装置を用いた場合にこそ、本件の判断手順に従う実益が生じる。

2. 判旨②について

一方、本判決は、最高裁が送信可能化ないし自動公衆送信の主体について初めて明白な基準を示した事件として、極めて重要である。物理的に自動送信を行う主体であると認定するためには、自動送信装置への管理・支配ではなく、装置が自動公衆送信できる状態を作り出す者でなければならない。送信可能化の定義規定を参照すると、この「作り出す」行為には、情報の記録・入力と電気通信回線へ接続という2つの面が含まれるが、2つの行為を行う者が異なる場合に、送信主体が何者であるかということに関しては、本判決は判断を示していないが、少なくとも、本判決論理に鑑みれば、単に自動送信装置を製造、販売する者（たとえばP2Pソフトウェアを開発・頒布する者）は通常、誰かが他所からアップロードする情報を機械的に受け取るにすぎないため、直ちに自動送信の主体にならないと思われる。

また、判旨②について、多くの論者は、その後半部分¹¹⁵のみを判決理由として理解する¹¹⁶。これを前提とすれば、確かに、本判決の射程は入力型の送信可能化またはその後の自動公衆送信に限定すべきであろう¹¹⁷。しかしながら、判旨②の前半部分¹¹⁸を、特定の想定場面のない一般論と理解す

¹¹⁵ 具体的にいえば、「公衆の用に供されている電気通信回線に接続することにより、当該装置に入力される情報を受信者からの求めに応じ自動的に送信する機能を有する装置が、公衆の用に供されている電気通信回線に接続しており、これに継続的に情報が入力されている場合には、当該装置に情報を入力する者が送信の主体である」、という部分である（山田真紀・前掲注31・95頁）。

¹¹⁶ 今村哲也・前掲注105・276頁、奥邨弘司・前掲注61・94頁、平成23年度著作権委員会第3部会・前掲注56・93頁など。

¹¹⁷ いい換えれば、これを本判決の「直接の射程」とも呼ぶことができる。奥邨弘司・前掲注61・94頁を参照。これに賛成するものとして、平成23年度著作権委員会第3部会・前掲注56・93頁がある。

¹¹⁸ すなわち、自動公衆送信の主体は、自動送信「装置が受信者からの求めに応じ

ことはやや狭小な理解にすぎると思われる。本判決は、本件の認定事実を確認する際に、サービス提供者によるテレビアンテナへの接続行為とインターネットへの接続行為という両行為の順番について判断していないことに鑑みれば、仮にインターネットへの接続行為が時間的に後となるような行為であっても、判旨②の前半部分に従って、インターネットへの接続行為を理由に本件サービス提供者が自動公衆送信または送信可能化の主体であると判断すると考えられる。実際、調査官解説も、「当該装置が情報を送信することができる状態をつくり出す行為には、状況に応じてさまざまな態様が考えられる」から、接続行為者を送信の主体と捉える場合が存在すると述べている¹¹⁹。これは、明らかに送信可能化の定義規定を参照して、自動送信の主体を判断することができるということを意味する。

さらに、同判旨に従えば、「公衆の用に供されている電気通信回線に接続することにより、当該装置に入力される情報を受信者からの求めに応じ自動的に送信する機能を有する装置が、公衆の用に供されている電気通信回線に接続しており」、これに情報が記録される場合には、電気通信回線への接続を行う者ではなく、情報を記録する者が送信の主体となる。本判決に対する反応として、一部には、本判決の論理の下では、一般的なストレージ・サービスのようなクラウド・サービス業が著作権侵害に問われかねないと危惧されることがある。一般的なクラウド・サービスのような、サービス利用者が自ら保持しているコンテンツを、クラウド・サービス提供者の蓄積サービスや接続サービスを通じて、時間や場所に拘らず利用できるようにする場合を想定するのであれば、本判決の論理の下でも、情報の入力者はサービス提供者ではなく、各サービス利用者となるはずである。クラウド・サービス提供者を著作物の直接的な利用主体として捉えることを避けるため、本判決の射程を、「ロクラクⅡ」事件上告審判決とともに、テレビ番組の転送サービスの場面に限定して適用すべきという主張¹²⁰は、

情報を自動的に送信することができる状態を作り出す行為を行う者と解するのが相当である、という部分である。

¹¹⁹ 山田真紀・前掲注31・101頁。

¹²⁰ 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―クラウド・サービス、ブックスキャン・サービスを中心として

杞憂に基づいたものにすぎない¹²¹。

学説の中には、さらに本判決の射程を狭く限定する解釈として、調査官解説から推論して、放送地域以外（たとえば外国）の著作物への取得に限られるという見解も唱えられている¹²²。このような著作物の取得に、社会的、経済的にサービスとしての価値があるような場合に限定される、というのである。しかしながら、著作権法上は、著作権の排他的な権利は、特別な制限規定がない限り、放送地域であるか否かにかかわらず、著作権法が適用される全ての地域に対して等しく及んでいるはずである。しかも、放送地域というものは、番組次第で常に変化し得るものである。このような安定的ではない要素が基準とされると、法の適用に関する予測可能性に多大な影響を与えることになってしまう¹²³。

一」Law & Technology 52号(2011)60～66頁、三村量一＝松田俊治＝藤本祐太郎＝田村吉央「まねきTV事件・ロクラクⅡ事件最高裁判決の研究」知財研フォーラム85号(2011)66～67頁、大西千尋・前掲注4・55頁、著作権委員会「クラウドサービスと著作権－最高裁判決の解釈を踏まえその影響について－」知財管理62巻6号(2012)758～759頁、文化庁「クラウドコンピューティングと著作権に関する調査研究報告書」(2011)18頁、三村量一・前掲注94・98頁など。

¹²¹ 同じ見解として、平嶋竜太「放送転送サービスをめぐる最高裁判決の理論的課題とインターネットビジネスへの影響－まねきTV事件及びロクラクⅡ事件を基点とした検討」法とコンピュータ30号(2012)21頁がある。

¹²² 小泉直樹・前掲注105・6～11頁。その根拠となる調査官解説の説明は、「本件放送の放送対象地域外に居住する本件サービスの利用者は、自ら、直接、本件放送を受信することができない。……このようなことからすれば、本件サービスにおける入力には、本件放送を取得するという意義があるように思われる」という部分である(山田真紀・前掲注31・102頁注7)。

¹²³ よって、前記調査官解説の論述は、あくまでも本判決で考慮された一要素にすぎないというべきであろう。