HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	動画投稿共有サイト管理運営者と著作権侵害（2）：民事責任に関する日米裁判例の比較検討
Author(s)	奥邨, 弘司
Citation	知的財産法政策学研究, 35, 239-269
Issue Date	2011-09
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/47328
Type	departmental bulletin paper
File Information	IPLPJ35_010.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

動画投稿共有サイト管理運営者と著作権侵害(2)
―民事責任に関する日米裁判例の比較検討―

奥　邨　弘　司

３．TVブレイク事件[46]

3.1　事実関係

次に、日本の裁判例を紹介したい。

原告Ｘは、著作権等管理事業者として音楽著作権を管理している。一方被告は、TVブレイクと呼ばれる動画投稿共有サイト〔3.1～3.4において、本件サイト〕を運営し、以下に説明するような動画投稿共有サービス〔3.1～3.4において、本件サービス〕を提供している株式会社〔3.1～3.4において、Y_1〕とその代表者Ａ〔3.1～3.4において、Y_2〕である。

本件サイトに動画をアップロードするユーザは、会員登録を求められる。登録したユーザが動画をアップロードしようとすると、専用ソフトウェアが自動的にユーザのパソコンにインストールされて起動する。ユーザがアップロードする動画のファイル形式は、専用ソフトウェアによって自動的にwmv形式に変換されY_1のサーバに送信される。送信の終了後、画面には「アップロードした動画は著作権を侵害していませんか。著作権を侵害

[46] 本件東京地裁判決についての評釈として、岡邦俊［判批］JCAジャーナル57巻２号(2010) 64頁以降、佐藤豊［判批］パテント63巻７号 (2010) 64頁以降および村井麻衣子［判批］判例評論624号 (2011) 18頁以降がある。また、知財高裁判決については、岡邦俊［判批］JCAジャーナル57巻11号 (2010) 64頁以降、今村哲也［判批］TKC ローライブラリー・速報判例解説・知的財産法No.53、柵木澄子「最近の著作権裁判例について」コピライト2011年２月号 (2011) ２頁以降および渡邉修［判批］知財管理61巻３号 (2011) 343頁以降がある。

する映像の掲載は法律で固く禁じられています。以上の事をご理解いただきました上で、登録完了ボタンをクリックして下さい。クリックすれば登録は完了です。」というメッセージと共に、「登録完了」というボタンが表示され、ユーザがそれをクリックするとアップロードが終了する。アップロードする動画は、Y_1が設定したカテゴリーのいずれかに分類する必要がある。なお、アップロードに際してユーザは、動画の内容を紹介するサムネイル画像を設定することができる。また、アップロードされる動画ファイルの容量および時間に制限はない。

本件サイトにアップロードされた動画を視聴する場合、会員登録は不要である。視聴ユーザが動画の再生を選択すると、本件サイトのサーバからユーザのパソコンに対して、ストリーム形式で動画が送信される。

判決によれば「平成20年４月24日現在、本件サイトにアップロードされている動画ファイルのうち、『音楽』のカテゴリーにおいては89.87％に当たる7569件の、『アニメ』のカテゴリーにおいては86.91％に当たる4224件の、『ムービー』のカテゴリーにおいては60.08％に当たる1684件の動画ファイルが、本件管理著作物〔筆者注：Ｘが管理する音楽著作物〕を録画した動画ファイルであった。」また、「平成20年11月から平成21年１月までの３か月間にアップロードされた動画ファイルのうち、『音楽』のカテゴリーにおいては84.3％に当たる225件の、『アニメ』のカテゴリーにおいては97.7％に当たる920件の動画ファイルが、本件管理著作物を録画した動画ファイルであった。」

以上の事実関係のもと、Ｘは、Y_1が主体となって、そのサーバにＸの管理著作物の複製物を含む動画ファイルを蔵置し、これを各ユーザのパソコンに送信していると主張して、Y_1に対しては、著作権（複製権および公衆送信権）に基づいてそれらの行為の差止めを求めるとともに、Y_1およびY_2に対して、不法行為（著作権侵害）に基づいて過去の侵害に対する損害賠償金およびこれに対する遅延損害金ならびに将来の侵害に対する損害賠償金の連帯支払を求めて東京地裁に訴えたのが本件訴訟である。

3.2　争点

本件の争点は、次の６点である。すなわち、差止請求との関係で、侵害主体が誰かについての主位的主張と予備的主張〔争点①と②〕、損害賠償請求との関係で、損害賠償義務の有無〔争点③〕、Y_2についての不法行為責任または対第三者責任の成否〔争点④と⑤〕、損害賠償額〔争点⑥〕、となる。このうち本稿では、争点①、②、③について取り上げたい。

東京地裁におけるＸおよびY_1らの主張の要点をあげると次の様になる。

まず、争点①について、Ｘは、本件サービスの内容・性質、本件サービス上での複製および公衆送信におけるY_1の管理支配の存在、Y_1が受ける利益の状況、侵害態様をあげて、「本件サービスにより生じる著作権侵害の主体は、Y_1である」旨主張した。一方、Y_1らは、Ｘがあげた諸点について反論した上で、「本件サービスにより生じる著作権侵害の主体は、ユーザである」と主張した。

また、争点②についてＸは、「少なくともプロバイダ等が著作権侵害に気付いてしかるべき時点（すなわち、侵害ファイルがサーバに複製されていることを知り得る状況に至った時点）以降は、プロバイダ等は著作権侵害について主体としての責任を負う。……Y_1らは、平成19年６月以降、Ｘから再三著作権侵害の警告を受け、かつ、サイト内のファイルの内容を日常的にチェックすることにより膨大な数の侵害ファイルが本件サービスにアップロードされている事実を具体的に認識していながら……甚大な著作権侵害の被害を放置し続けてきた……という観点からみても、本件著作権侵害の主体としての責任を負うことは明らかである。」と主張した。これに対してY_1らは、「Ｘは、本件管理著作物を示すことはしても、権利侵害コンテンツとする具体的な権利侵害情報の特定はしないまま、漠然と権利侵害通知をしたのみであるため、Y_1は、具体的な権利侵害の認識はなかった。したがって、放置したことをもってY_1が著作権侵害の主体であるという結論を導くことはできない。」と主張した。

争点③についてＸは、プロバイダ責任制限法３条１項においては、「著作物の利用主体（著作権侵害の主体）と認められるような者について同項の免責規定を適用することは予定されていない」こと、「ユーザが発信者に該当するとしても……プロバイダが他の発信者と共同で情報発信を行っていれば、その複数の発信者がいずれも責任を負うにすぎない」こと、著作権法上、送信可能化行為は、インターネットなどに接続されているコンピュータの記録媒体に「記録」または「入力」する行為と定義されているものの、送信可能化行為の主体は規範的に決せられるものであるから、プ

ロバイダ責任制限法における発信者についての定義規定中の「記録」または「入力」という行為のみを非規範的ないし即物的な行為に解さなければならない理由はないこと、などをあげて、Y_1は、プロバイダ責任制限法「3条1項ただし書にいう……発信者……に当たるから、プロバイダ責任制限法3条1項の適用はない」と主張した。これに対してY_1らは、発信者には、「カラオケ法理などによって導かれる規範的な侵害主体まで含むことを予定していない」こと、「プロバイダ責任制限法の発信者の定義においては、『記録』又は『入力』という、より非規範的ないし即物的な行為によって特定されている」こと、「だれが発信者に当たるかは、当該情報を流通過程に置く意思をだれが有していたかということによって判断される」べきであり、その判断はユーザに委ねられていたこと、などをあげて、発信者には当たらず、プロバイダ責任制限法3条1項の責任制限の適用がある旨を主張した。また、Xは、仮にY_1が発信者に当たらないとしても、Y_1は3条1項の各要件を具備し、かつ故意過失があるとして、Y_1には損害賠償義務が存在するとも主張した。これに対してY_1らは、情報の流通の認識や、権利侵害の認識または認識可能性がないことなどをあげて3条1項の責任制限が適用されるとし、かつ、仮にそれが適用されなくても、そもそも故意過失を欠くとして、損害賠償義務がないことを主張した。

東京地裁は、著作権侵害行為の主体はY_1であるとして差止請求を認めると共に、Y_1はプロバイダ責任制限法上の発信者に該当するとして同法による責任制限の適用を否定した上で、Y_1に過失の存在を認めてY_1らに損害賠償を命じた〔東京地判平成21年11月13日判時2076号93頁。以下、東京地裁判決〕。この判決を不服としたY_1らが控訴したところ、知的財産高等裁判所は控訴を棄却する旨の判決〔知財高判平成22年9月8日平成21年(ネ)第10078号。以下、知財高裁判決〕を言い渡した。

3.3 判旨

知財高裁判決は、東京地裁判決を、一部修正および加筆する他はそのまま引用している。以下の判旨のうち、下線部分は知財高裁判決で修正または加筆された部分であり、それ以外の部分は、地裁および高裁の両判決に共通する部分である。

(1) 前提としての著作権侵害

「……本件サーバの記録媒体に本件管理著作物を録画した動画ファイルを記録することは、上記著作物の複製及び送信可能化に該当し、上記動画ファイルをユーザからの求めに応じて本件サーバからユーザの使用するパソコンに送信することは、自動公衆送信に該当する。」

(2) 争点①ついての判断[47]

「……Y_1は、……その定める独自のユーザインターフェイス環境においてユーザにコンテンツを提供するというコンセプトを有する本件サイトを開設しており、ただ、そのコンテンツがユーザの提供によるというにすぎないところであり、外形的には、Y_1は、少なくとも公衆送信（送信可能化を除く。）はしている。

もっとも、複製又は送信可能化については、……Y_1の代表者であるY_2自らが行ったものも一部あるが、それ以外のものについては外形的にはユーザが行っている。また、複製又は送信可能化される動画ファイルの選択はユーザの任意によるものであり、その結果として、公衆送信される動画ファイルも上記のようにユーザが任意に選択した範囲の中のものに限られるから、公衆送信されるべき動画ファイルの設定それ自体にはY_1は直接には関与していないことになる。したがって、複製及び送信可能化のみならず、公衆送信についても、侵害主体を論じる必要がある。

この点、著作権法上の侵害主体を決するについては、当該侵害行為を物理的、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、実態に即して、著作権を侵害する主体として責任を負わせるべき者と評価することができるか否かを法律的な観点から検討すべきである。そして、この検討に当たっては、問題とされる行為の内容・性質、侵害の過程における支配管理の程度、当該行為により生じた利益の帰属等の諸点を総合考慮し、侵害主体と目されるべき者が自らコントロール可能な行為により当該侵害結果を招来させてそこから利得を得た者として、侵害行為を直接に行う者と同視できるか否かとの点から判断すべきである。」

[47] 主位的主張である争点①について、Y_1が侵害主体となる旨の判断が示されたため、予備的主張である争点②についての判断は示されていない。

「ア　本件サービスの内容・性質

……〔筆者注：本件サービスは〕サイト管理者が、配信内容を自ら決定する動画配信サイトと比較すると、コンテンツの選択については、専らユーザーに委ねられていて、Y_1が選択する余地は少ないものの、ユーザの投稿により提供されたコンテンツである『動画』を本件サイトを通じて不特定多数の視聴に供するという点では、動画配信サイトと同様の機能を有するということができる。

……ユーザは……容量・時間とも制限のない動画ファイルを無料で簡単に視聴することができる。……本件サイトへの動画ファイルの投稿は、本来的に匿名でされ得ることを当然の前提としているということができる。……本件サービスにおいて著作権を侵害する動画ファイルが送信される可能性が高いことは、被告会社自身認識していたことが推認される。

……〔筆者注：本件サイトの動画ファイルのカテゴリー中には〕放送物等の複製や編集を伴わない自主制作物では、一般の興味を引くものとは解し難く、投稿される動画における著作権侵害の蓋然性が高いものと推測される分類も存在する。……本件サイトには、既存の劇場用映画、テレビ番組、アニメ等、著作権を侵害する動画が、現に多数存在していることが明らかである。……Y_1は、著作権侵害を繰り返すユーザに対する再発防止のための実効的手段は何ら有していないものと認められる。

上記認定したところによれば、本件サービスは、本件サイトへの動画ファイルの投稿が匿名でされ得ることを前提とし、既存の劇場用映画、テレビ番組、アニメ等の著作権を侵害する動画を投稿しても、投稿者がその責任を問われにくいシステムとなっていることから、視聴者の誘因力の高いコンテンツがそのことを理由に集積され、多くの者がこれを互いに見せ合えば、相乗効果としてコンテンツが更に集積され、それら本来は有償のコンテンツを無償で時間制限なく取得できることを可能にするものであり、そのことに対する格別の抑止力もないものである。

したがって、本件サービスは、上記のような本件サービスの内容・性質及び構成の特徴等から、利用者に著作権侵害又は著作隣接権侵害に対する強い誘因力を働かせるものであり、著作権又は著作隣接権を侵害する事態を生じさせる蓋然性の極めて高いサービスであるといえ、そのことはY_1も認識していたものと認められる。」

「イ　複製および公衆送信における管理支配

……Y_1は、動画ファイルが記録されかつ公衆送信を行う機器である本件サーバを管理支配し、専用のソフトウェア（本件ユーザソフト）をユーザに配布し、自らの設定した方式にユーザを従わせ、一定の動画ファイルの視聴を推奨し、また、一定の動画ファイルを削除するなどしてその内容にも関与し、かつ、Y_1の代表者であるY_2は、自らも動画ファイルをアップロードし、これを公衆送信しているのであるから、Y_1らは、本件サービスを管理支配しているものということができる。」

「ウ　Y_1の受ける利益の状況

本件サービスには、バナー広告や検索連動型広告が置かれており、Y_1はこれにより広告収入を得ているところ……、これらの広告収入は、本件サービスにアクセスするユーザ数の増加に伴い増加する関係にあることは公知の事実である。そして、ユーザ数の増加は本件サービスにおける動画ファイルの数量、質に従うものであるから、少なくとも、投稿された動画ファイル数が増加すれば、それだけY_1は多くの利益を受けることになる。

したがって本件サービスにおいて複製及び公衆送信（送信可能化を含む。）される動画ファイル数とY_1の利益額とに相関関係を認めることができる。」

「エ　侵害態様

……本件サイトは、本件管理著作物の複製の有無に限定したとしても、『音楽』、『アニメ』及び『ムービー』のカテゴリーについては4分の3以上、全カテゴリーについても約半分が、本件管理著作物の著作権を侵害する動画ファイルで占められていたことになる。

また、削除措置については、Y_1にはユーザの意思にかかわらず自らの判断で動画ファイルを削除する権限があり、著作権を侵害する疑いのある動画ファイルをユーザの意思に反して削除したとしても、本件サービスの利用は無償であって削除によるユーザの経済的損失が生じることはほとんど想定し得ないにもかかわらず、Y_1は、権利者から権利侵害であることの明白な動画ファイルの削除要求があっても、これら動画ファイルを直ちに削除することはせず、会員同士の視聴は可能な状態にとどめたり、また、

Xから包括許諾契約の締結と権利侵害防止措置を求められた際にも、権利侵害防止措置は資金的、人的にY1では不可能であると回答し、何らの具体的な対策を提示しないなど、権利侵害の防止・解消について消極的な姿勢に終始していたということができる。さらに、権利者から著作権を侵害する動画ファイルをアップロードしたユーザの登録情報の開示要求があっても、ユーザにメールアドレスの変更を勧めるなどして、権利侵害をしたユーザに対する責任追及を困難にさせる対応すら行っている。したがって、Y1の削除措置は、著作権侵害の拡大防止のために十分な機能を果たしていたとは認め難い。

映画、音楽などの著作物を複製又は送信可能化する者は、著作権侵害を確信的に行っているものであるから、警告だけというような回避措置のみではほとんど有効性を期待できないところ、Y1は、他に有効な措置を採ろうとした形跡が認められない。」

「オ　結論

以上からすると、本件サービスにおいて、著作権を侵害する動画を本件サーバに投稿する行為を実際に行っているのは、ユーザであって、Y1らではない。したがって、ユーザが本件サービスに投稿する動画の中に、本件管理著作物が利用されている場合には、ユーザが当該動画を本件サーバに投稿する行為は、ユーザによる本件管理著作物の複製権侵害に該当することはいうまでもないところである。

しかしながら、先に指摘したとおり、本件サービスは、本来的に著作権を侵害する蓋然性の極めて高いサービスであって、Y1は、このような本件サービスのシステムを開発して維持管理し、運営することにより、同サービスを管理支配している主体であるところ、ユーザの投稿に対し、Y1から対価が支払われるわけではなく、Y1は、無償で動画ファイルを入手する一方で、これを本件サーバに蔵置し、送信可能化することで同サーバにアクセスするユーザに閲覧の機会を提供する本件サービスを運営することにより、広告収入等の利益を得ているものである。

しかるところ、本件サイトは、本件管理著作物の著作権の侵害の有無に限って、かつ、控え目に侵害率を計算しても、侵害率は49.51％と、約５割に達しているものであり、このような著作権侵害の蓋然性は、動画投稿サイトの実態それ自体やY1によるアダルト動画の排除を通じて、Y1において、当然に予想することができ、現実に認識しているにもかかわらず、Y1は著作権を侵害する動画ファイルの回避措置及び削除措置についても何ら有効な手段を採っていない。

そうすると、Y1は、ユーザによる複製行為により、本件サーバに蔵置する動画の中に、本件管理著作物の著作権を侵害するファイルが存在する場合には、これを速やかに削除するなどの措置を講じるべきであるにもかかわらず、先に指摘したとおり、本件サーバには、本件管理著作物の複製権を侵害する動画が極めて多数投稿されることを認識しながら、一部映画など、著作権者からの度重なる削除要請に応じた場合などを除き、削除することなく蔵置し、送信可能化することにより、ユーザによる閲覧の機会を提供し続けていたのである。

しかも、そのような動画ファイルを蔵置し、これを送信可能化して閲覧の機会を提供するのは、Y1が本件サービスを運営して経済的利益を得るためのものであったこともまた明らかである。

したがって、Y1が、本件サービスを提供し、それにより経済的利益を得るために、その支配管理する本件サイトにおいて、ユーザの複製行為を誘引し、実際に本件サーバに本件管理著作物の複製権を侵害する動画が多数投稿されることを認識しながら、侵害防止措置を講じることなくこれを容認し、蔵置する行為は、ユーザによる複製行為を利用して、自ら複製行為を行ったと評価することができるものである。

よって、Y1は、本件サーバに著作権侵害の動画ファイルを蔵置することによって、当該著作物の複製権を侵害する主体であると認められる。

また、本件サーバに蔵置した上記動画ファイルを送信可能化して閲覧の機会を提供している以上、公衆送信（送信可能化を含む。）を行う権利を侵害する主体と認めるべきことはいうまでもない。

以上からすると、本件サイトに投稿された本件管理著作物に係る動画ファイルについて、Y1がその複製権及び公衆送信（送信可能化を含む。）を行う権利を侵害する主体であるとして、Y1に対してその複製又は公衆送信（送信可能化を含む。）の差止めを求める請求は理由がある。

なお、Y1らは、Xが著作権を侵害したと主張した動画ファイルをY1においてすべて削除したから差止めの対象が存在しない旨を主張するが、本

件差止め請求は、将来生ずべきXの管理著作物の利用の差止めを求めるものであって、現存する侵害ファイルの削除を求めているものではない。日々刻々と侵害が生じその対象の特定できない事情のある本件においては、著作物による差止め対象の特定も許されると解されるし、その対象となるファイルの範囲を本件サイト全体にわたるものとすることも相当というべきであり、Y_1らの上記主張は失当というほかない。…」

(3) 争点③についての判断

（ｉ）プロバイダ責任制限法３条１項の適用の有無

「ア　プロバイダ責任制限法３条１項は、『特定電気通信による情報の流通により他人の権利が侵害されたときは、当該特定電気通信の用に供される特定電気通信設備を用いる特定電気通信役務提供者（以下この項において「関係役務提供者」という。）は、これによって生じた損害については、権利を侵害した情報の不特定の者に対する送信を防止する措置を講ずることが技術的に可能な場合であって、次の各号のいずれかに該当するときでなければ、賠償の責めに任じない。ただし、当該関係役務提供者が当該権利を侵害した情報の発信者である場合は、この限りでない。』と定め、プロバイダが不法行為に基づく損害賠償責任を負うに当たっては、技術的可能性（同項本文）、並びに権利侵害の認識（同項１号）、又は流通の認識及び権利侵害の認識可能性（同項２号）を要求する一方、発信者についてはこれらの要件を要求せず、不法行為の要件を満たせば足りるとしている。そして、同法は、発信者を『特定電気通信役務提供者の用いる特定電気通信設備の記録媒体（当該記録媒体に記録された情報が不特定の者に送信されるものに限る。）に情報を記録し、又は当該特定電気通信設備の送信装置（当該送信装置に入力された情報が不特定の者に送信されるものに限る。）に情報を入力した者をいう。』（同法２条４号）と定める。

したがって、少なくともプロバイダが複製又は送信可能化の主体といえなければ発信者に該当し得ないことはいうまでもないが、プロバイダが差止請求の相手方たり得るための要件である『侵害主体』と、プロバイダが損害賠償責任を負うための要件である『発信者』とは、それぞれの法の目的に従って解釈されるべきことであるから、『侵害主体』であっても『発信者』ではないということはあり得ないではない。

しかしながら、Y_1の本件サービスへのかかわり方は、前記１に説示したとおりであり、Y_1は、ユーザによる著作権を侵害する動画ファイルの複製又は公衆送信を誘引、招来、拡大させ、かつ、これにより利得を得る者であり、ユーザの投稿により提供されたコンテンツである『動画』を不特定多数の視聴に供していることからすると、著作権侵害を生じさせた主体、すなわち当の本人というべき者であるのみならず、発信者性の判断においては、ユーザの投稿により提供された情報（動画）を、『電気通信役務提供者の用いる特定電気通信設備の記憶媒体又は当該特定電気通信設備の送信装置』に該当する本件サーバに、『記録又は入力した』ものと評価することができるものである。したがって、Y_1は、『発信者』に該当するというべきである。

イ　Y_1らは、発信者は非規範的ないし即物的な行為によって特定されているものであるから、ユーザしか発信者になり得ない旨を主張する。しかしながら、Y_1が著作権侵害を生じさせた主体であることは上記のとおりであって、発信者にはこのような者を含むと解すべきであり、これを記録媒体に『記録』又は『入力』する行為を直接行った者に限定しなければならない理由はない。

また、Y_1らは、発信者には個々の具体的な情報を記録又は入力する意思が必要である旨を主張する。しかしながら、例えば特定のファイルを意識することなく一括してアップロードしたユーザを発信者から排除する理由がないことから明らかなとおり、発信者の解釈に当たって上記のような意思が必要であると解することはできない。

さらに、Y_1らは、…プロバイダであるY_1が、表現の自由と権利者からの損害賠償請求のいわば『板挟み状態』にあるにもかかわらず、これを『発信者』としたものであって、プロバイダ責任制限法の趣旨を没却し、適法に利用する者の表現の自由、情報受領者の情報受領権を侵害するものであるなどと主張する。

しかしながら、…Y_1は、あくまで本件管理著作物の著作権を侵害する動画ファイルについて、『発信者』としての責任を負うものであるところ、本件サービスが著作権侵害の蓋然性が高いサービスである以上、発信者としての責任を負うことになっても、プロバイダ責任制限法の趣旨を没却するものではない。…

Y_1らの上記主張は、いずれも採用することができない。」

（ii）不法行為の成立

「ア　前記1に認定判断したとおり、Y_1は、本件管理著作物に係る著作権侵害の主体であるところ、本件サービスを提供するに当たり、本件管理著作物について著作権侵害の結果が発生することが当然予想され、かつ、これを認識していたにもかかわらず、これを防止するための有効な措置を講じなかったのであるから、少なくとも本件サイトにおける複製及び公衆送信（送信可能化を含む）に係る著作権侵害について過失があるというべきである。

イ　Y_1らは、それぞれの動画ファイルの具体的認識がなかった旨あるいはたとえ動画ファイルの内容を認識しても許諾の有無は確認できない旨を主張する。しかしながら、Y_1らが全ての動画ファイルの具体的認識を有していなかったとは認め難いが、それをさておいても、何ら有効な措置を採らないことが正当化されるものではない。また、Y_1らが自認するとおり、我が国の流通する音楽著作物のほとんどがXの管理著作物であり、投稿するユーザに対し、音楽の利用権取得などの権利クリアランスを要求しているものの、実際問題として、各ユーザが投稿に際し、本件管理著作物についてXから利用許諾を得ることはおよそ期待できないものであるから、動画ファイルを視聴すれば直ちにXの許諾を要する可能性が極めて高いことが判明するのであるから、Y_1がXに対して許諾の有無を確認することは容易であり、かつ、Xは、Y_1に対し、Xの許諾が必要である旨を申し出ているのであるから、Y_1らの上記主張は理由がないことが明らかである。

また、Y_1らは、本件サービスが権利者の利益を喪失せず、また、動画投稿サービスでの利用を容認している権利者は数多い旨を主張するが、その前提が成り立たないことは既に説示したとおりであり、採用することができない。」

3.4　検討

3.4.1　侵害主体

(1) 侵害者概念の拡張としての規範的侵害主体論

これ以降の議論の便宜のため、最初に用語の整理をしておきたい。まず、

著作物を自ら物理的に利用する者を直接利用者と呼び、直接利用者に何らかの関与をしている者、または当該利用行為に何らかの関与をしている者を間接利用者と呼ぶこととする。次に、直接利用者の利用行為が著作権侵害に当たる場合、当該直接利用者を直接侵害者と呼ぶこととしたい。さらに、前記利用行為について、著作権侵害の責任を負う（本稿では損害賠償請求および差止請求の相手方となる）間接利用者を間接侵害者と呼ぶこととしたい[48]。

ところで、差止請求権について規定する著作権法112条1項は、著作権者は著作権を「侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる」と定めるが、通説的見解によれば、ここにいう「侵害する者」とは、侵害主体すなわち直接侵害者を指すものと理解されている。そのため、間接利用者を相手方とする差止請求は一般に否定的に解されている[49・50]。

間接利用者を相手方とする差止請求が認められない結果、例えばあるサービスのユーザの多数が、当該サービスを使用して著作権侵害行為を行っている場合も、直接侵害者である個々のユーザに対する差止請求は認められても、間接利用者にすぎないサービス提供者に対する差止請求は認められないこととなる。そのため、著作権者としては、個々のユーザを相手方とした差止請求を繰り返すしか途はない。しかしながら、権利保護の実効性を確保するという観点からは、サービス提供者に対して、当該サービスの提供を停止するなどの差止請求ができれば、個々のユーザを相手にせずとも、「一網打尽」的に侵害行為を停止させることができる[51]。

---

[48] 直接利用者の行為が著作権侵害に当たる場合と当たらない場合の両方を考えることとする。後者の場合は、直接利用者は（直接侵害者とはならず）著作権侵害の責任を問われないが、間接利用者は当該利用行為に関して侵害者としての責任を負うことになる。

[49] 例えば、『文化審議会著作権分科会報告書　平成18年1月』139頁参照。

[50] つまり、通説的見解では、損害賠償請求および差止請求の相手方となる間接利用者、すなわち間接侵害者はそもそも存在しないこととなる。

[51] 著作権の間接侵害論における一網打尽効果については、拙稿「著作権の間接侵害―日米裁判例の最近の動向と実務への影響、今後の課題―」コピライト2009年10月号（2009）5頁参照。

そのため、間接利用者のうちの一定の者を、規範的な観点から侵害主体と捉えることで、間接利用者を相手方とする差止請求を、一定の場合には可能とすることが試みられてきた[52]。

したがって、直接利用者に対する差止請求が問題となる場合は、その行為が侵害に当たるか否かを論じればそれでよい一方で、間接利用者に対する差止請求が問題となる場合は、当該間接利用者が規範的な侵害主体に当たるか否かを検討することとなる[53]。

もっとも、通説的見解のように、差止請求の相手方を直接侵害者に限らなければ、例えば、112条１項を直接または類推して適用することで、間接利用者に対する差止請求を認めることができる。現に、そのようにして差止請求を認めた裁判例も存在するが[54]、必ずしも十分に支持されているわけではない。

本件の東京地裁判決および知財高裁判決〔以下、**3.4**において総称する場合は単に本判決〕は、Y_1が規範的な侵害主体に当たるか否かを論じているから、通説的見解を採用しているといえよう。

(2) 本判決の判断枠組みと判断基準

本判決では、動画ファイルを本件サーバに記録すること（複製および送信可能化）は、外形的に見て、ユーザの行為に当たるとする。ここで、「外形的に見る」というのは、物理的な利用行為を観察するという意味であるから、複製および送信可能化について、直接利用者はユーザということになる。結果、直接利用者であるユーザに本件サービスを提供しているY_1は

[52] 規範的な侵害主体として差止請求の相手方となる間接利用者は、本稿の定義では間接侵害者となる。もっとも、規範的な侵害主体という概念は、侵害主体すなわち直接侵害者を拡張する概念ともいえるから、その意味では、規範的な侵害主体となる間接利用者は、(拡張された) 直接侵害者に当たることになる。関連して潮海久雄「著作権侵害の責任主体に関する新たな動向」コピライト2006年６月号10〜11頁参照。

[53] カラオケ法理を含めた、著作権の間接侵害論の作用（効果）と副作用とについては、拙稿・前掲注51）５〜８頁参照。

[54] 直接適用した裁判例としては、ヒットワン事件一審大阪地判平成15年２月13日判時1842号120頁があり、類推適用した裁判例としては、選撮見録事件一審大阪地判平成17年10月24日判時1911号65頁がある。

間接利用者にすぎないこととなり、複製および送信可能化に関連して、Y_1を相手方とした差止請求が認められるかどうかは、彼が規範的な侵害主体〔以下、単に侵害主体〕[54a]に当たるか否かで結論が異なることとなる。

一方、投稿された動画ファイルをユーザからの求めに応じて送信することについて、本判決は、外形的に見てY_1の行為であるとする。しかしながら同時に、送信されるファイルを選択しているのはユーザであってY_1はそこに関与していないことを指摘して、公衆送信についても、Y_1が侵害主体に当たるか否かを判断する必要があるとする。

ここで一つの疑問が生じる。それは、公衆送信について、外形的に見てY_1の行為であるといえるのならば、Y_1は直接利用者ということになるから、なぜさらにY_1の侵害主体性について論じなければならないのか、という点である。思うにこれは、本判決による「送信行為」の捉え方が広いためではないだろうか。確かに、動画ファイルは、Y_1が設置し、管理・維持しているサーバからユーザに向けて送信されている。しかし、個々の送信自体は、サーバが機械的に行っているにすぎない。このとき、個々の送信をY_1の行為に含めるのか否か。一つの考え方としては、Y_1の行為はサーバの設置、管理、維持までであって、サーバが機械的に行っている送信はY_1の行為には含まれないという狭義の理解があり得よう[55]。しかしながら、本判決は、このような狭義の考え方をとらず、サーバの設置、管理、維持行為だけでなくて、サーバによる機械的な送信も、Y_1の行為に含まれるという具合に広義に捉えている。ただ一方で、サーバによる機械的な送信には、送信対象物を決定する部分で、ユーザも関与しているため、果たしてY_1の行為といい切ってよいのか、そういった自問が、本判決を、侵害主体性の議論に向かわせるのだろう。

いずれにしても本判決は、複製、送信可能化、公衆送信の全てについて、Y_1が侵害主体に当たるか否かを検討する。

間接利用者が侵害主体に当たるか否かを判断する基準として、本判決は、

[54a] 本判決は「規範的な侵害主体」についても単に「侵害主体」とするので、混乱を避けるため以降は特に断らない限り、本判決の用語法に倣うこととする。

[55] この場合、送信行為に関してY_1は間接利用者となるから、Y_1に侵害責任を問うためには、その侵害主体性を論じる必要がある。

「問題とされる行為の内容・性質、侵害の過程における支配管理の程度、当該行為により生じた利益の帰属等の諸点を総合考慮し、侵害主体と目されるべき者が自らコントロール可能な行為により当該侵害結果を招来させてそこから利益を得た者として、侵害行為を直接に行う者と同視できるか否か」

をあげる。このように、(ア) 問題とされる行為の内容・性質、(イ) 侵害の過程における支配管理の程度、(ウ) 問題とされる行為によって生じた利益の帰属、(エ) 前記 (ア) から (ウ) などを総合考慮した上で、自らコントロール可能な行為によって侵害を招来させそこから利得を得た者として侵害行為を直接行う者と同視できるか否か[56]、によって判断を行うべきとする本判決の判断基準は、P2P ファイル交換サービスの提供者が、送信可能化権および自動公衆送信権 (判決ママ) の侵害を問われたファイルローグ事件控訴審判決[57]において、その侵害主体性を判断する上で採用された以下の基準[58]を踏襲したものということができよう[59]。

「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。」

[56] これ以降、検討の便宜のために(ア)(イ)や、① ②、(a)(b)などの記号を使うことがある。同じ記号が別の場面で使われることがあり得るが、その場合は、記号の意味については直近の説明を参照されたい。

[57] 東京高判平成17年 3 月31日平成16年(ネ)第405号。

[58] ファイルローグ事件控訴審判決は、カラオケの場面以外に転用されたカラオケ法理の正当化に正面から取り組んだ判決と評価できるのではないかという点について、拙稿・前掲注51) 11〜12頁参照。

[59] 佐藤・前掲注46) 68〜69頁および村井・前掲注46) 184頁も同様の指摘をする。

ところで、管理・支配と利益の存否に着目して、間接利用者を著作権の侵害主体と見る考え方は、一般に「カラオケ法理」と呼ばれているが[60]、本判決およびファイルローグ事件控訴審判決が採用する侵害主体の判断基準のいずれにおいても、管理・支配と利益の存否に言及しており、その意味ではカラオケ法理の一種ということができよう。もっとも、カラオケ法理とは、管理・支配と利益の 2 点のみを考慮するものであると理解すると、本判決の基準はそれ以外の要素も考慮しているため、カラオケ法理の一種といってよいのかとの指摘もある[61]。ただ、どのように呼ぶかは別として、カラオケ法理の考慮要素である管理・支配と利益の両者が、本基準でも重要な要素としてあげられていることは間違いない。

(3) 当てはめ

前記基準の事実関係への当てはめは、東京地裁判決、知財高裁判決ともに概ね共通しているが、ここでは、より詳しい説明のある知財高裁判決を取り上げて見ていきたい。

まず、前記 (ア) 問題とされる行為 (すなわち本件サービス) の内容・性質については、本件サービスは、「利用者に著作権侵害又は著作隣接権侵害に対する強い誘因力を働かせるものであり、著作権又は著作隣接権を侵害する事態を生じさせる蓋然性の極めて高い」ものであるとした。次に、(イ) 侵害の過程における管理・支配の程度については、Y_1 は、サーバを

[60] カラオケ法理の定義として「物理的な利用行為の主体とは言い難い者を、管理 (支配) 性および営業上の利益という二つの要素に着目して規範的に利用行為の主体と評価する考え方」(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) 783頁) を採用したい。

[61] 渡邉・前掲注46) 347頁参照。また、今村・前掲注46) 4 頁は、総合衡量型ではないかとする。

管理・支配し、専用ソフトを配布し、動画ファイルの視聴を推奨するなどして、本件サービスを管理・支配していると指摘した。(ウ) の利益の帰属については、バナー広告や検索連動型広告を通じ、動画ファイルが本件サービスにおいて複製および公衆送信などされることによって、Y_1は利益を得ているとした。また、判断基準中には明記されていない事項である「侵害態様」についても検討し、少なくとも半数の投稿ファイルが著作権を侵害するものであること、Y_1は、権利者から削除要求があっても誠実に削除を行わなかったこと、包括契約の締結や権利侵害防止措置の導入に消極的であったこと、侵害ファイルを投稿するユーザに対する責任追及を困難にさせる対応すら行っていたことを指摘した。

以上を踏まえた上で、(エ) 自らコントロール可能な行為によって侵害を招来させ、そこから利得を得た者として侵害行為を直接行う者と同視できるか否か、を判断することになるが、Y_1が自らの行為によって侵害を招いていることは、(ア) (イ) に関する指摘から明らかであるし、侵害から利益を得ていることも (ウ) から明らかである。この点、知財高裁判決は、

> 「Y_1が、本件サービスを提供し、それにより経済的利益を得るために、その支配管理する本件サイトにおいて、ユーザの複製行為を誘引し、実際に本件サーバに本件管理著作物の複製権を侵害する動画が多数投稿されることを認識しながら、侵害防止措置を講じることなくこれを容認し、蔵置する行為は、ユーザによる複製行為を利用して、自ら複製行為を行ったと評価することができるものである。
>
> よって、Y_1は、本件サーバに著作権侵害の動画ファイルを蔵置することによって、当該著作物の複製権を侵害する主体であると認められる。」

と述べている。ここで重要なのは、Y_1を直接侵害者と同視できるか否かを判断する上で、侵害行為を誘引しそこから経済的利益を得ていることに加えて、侵害の蓋然性の高さを認識しながらそれを容認し放置して蔵置している点が考慮されていることであろう。つまり、侵害行為を誘引するという作為のみならず、その蓋然性の高さを認識しつつ容認、放置するという不作為もセットで、ユーザの行為を利用して、自ら複製行為を行ったと評価されているわけである。

一方、送信可能化を含む公衆送信権の侵害に関しては、前記のようにして蔵置されている動画ファイルを「送信可能化して閲覧の機会を提供している以上…〔Y_1を〕侵害する主体と認めるべきことはいうまでもない」とするが、これは、サーバから侵害ファイルを削除せず、蔵置した状態を維持しているのは――複製の場合と違ってユーザの手を借りるまでもなく――Y_1の行為（不作為）であると指摘しているのであろう。

このように見ると、知財高裁判決では、侵害行為を誘引するというY_1の作為のみならず、侵害ファイルをそのままサーバに蔵置しているという不作為にもポイントを置いていることが分かる。この点、一般的にいえば、サーバにおけるファイルの蔵置は、サーバへの複製の「結果」であって、複製という行為自体が問題となる複製権侵害を判断する上で、本来は重視されるべき性格のものではない。ただ、本件サービスを運営して経済的利益を得ているY_1の立場で考えると、重要なのは、サーバ上にファイルが蔵置されていることであり、Y_1が他人の複製権を侵害して不当に利益を得ているとするならば、それはまさに、そのようなファイルの蔵置に由来するものである。とすると、複製権侵害の責任を問うという視点で考える限り、ファイルを蔵置することに最も関係の深い者をして、複製権の侵害主体とすべきであるというのが知財高裁判決の考え方なのだろう。

この点Y_1は、ユーザの複製行為を誘引し、かつ侵害ファイルが投稿される蓋然性が高いことを認識しつつ、それを容認し、放置して、侵害ファイルを蔵置している。結果、侵害ファイルの蔵置に関して最も重要な役割を果たしていることが間違いない以上、Y_1は複製権の侵害主体になるということなのだろう[62]。また、送信可能化権の場合も同様の議論が当てはま

[62] 本判決に関して、蔵置の部分を強調すると、著作権侵害行為を放置している不作為をもって侵害主体とした罪に濡れたふたり事件控訴審判決〔東京高判平成17年3月3日判時1893号126頁〕との類似が想起されるかもしれない。しかし、本判決の場合は、蔵置以外にも様々な要素を考慮しており、その点で前記判決とは異なると考える。この点、佐藤・前掲注46)67～69頁は、前記判決の論理を「不作為構成」と捉えた上で、東京地裁判決は「カラオケ法理の転用構成を採用しつつ、様々な付加的事情を斟酌してシステムに対する管理支配を観念する一連の裁判例の一つと

ろう。

(4) ロクラクⅡ事件最高裁判決とその影響

ネットワークサービスの事案における侵害主体論について、最高裁の判断が示されるのではないかと注目された事件の一つがロクラクⅡ事件であった。

同事件は、テレビ番組を録画しインターネットに転送する機能を有するハードディスクレコーダを製造し、ユーザにレンタルすると共に、親機をユーザから預かり維持管理するサービスを提供していたとされる業者が、放送局から著作権および著作隣接権（いずれも複製権）侵害で訴えられた事件である。この事件では、録画自体は、ユーザの指示に応じてレコーダが自動的に行っている。したがって、サービス提供者は、そのような録画行為に関与する間接利用者にすぎないため、サービス提供者に侵害責任を問うためには、彼が侵害主体に当たるか否かを判断する必要があった。

一審判決は、業者がレコーダを管理・支配していること、そして利益を受けていることを認めた上で、カラオケ法理を適用して業者が複製権侵害の主体であるとの判断を示した[63]。一方で控訴審判決は、業者が管理支配する場所にレコーダを設置しているとしても、業者はユーザが私的使用目的の複製を行うことを容易にするための環境などを提供しているにすぎないとして、業者が放送番組等を複製しているとはいえないと判断した[64]。

これに対して最高裁は、

> 「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。」

との判断を示して、知財高裁の判決を破棄し、「機器の管理状況等について更に審理を尽くさせるため」事件を知財高裁に差し戻した[65]。

このロクラクⅡ事件最高裁判決は、侵害主体の判断にどのような影響を与えるであろうか[65a]。まず、カラオケ法理との関係を考えよう。既に見たように、ロクラクⅡ事件最高裁判決は、複製主体を判断するに当たっては、複製の対象、方法、複製への関与の内容、程度などの諸要素を考慮することを求めている〔以下、ロクラクⅡ基準〕[66]。これをカラオケ法理と比較す

位置づけられよう」とし、不作為構成を採用したものではないとする。

[63] 東京地判平成20年５月28日判時2029号125頁。

[64] 知財高判平成21年１月27日平成20年(ネ)第10055号・第10069号。

[65] 最判平成23年１月20日判時2103号128頁。

[65a] 拙稿「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〔2011年８月号〕(2011) 89頁以降も参照。

[66] なお、ロクラクⅡ事件最高裁判決中の「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」という部分は、いわゆる結論命題ではなくて、理由付け命題に当たる部分であるから、この部分自体は判例拘束性を持つわけではない。また、そもそもの問題として、ロクラクⅡ事件最高裁判決は、判決設定事例についての判断である〔柴田義明［判解］ジュリスト1423号(2011) 39頁〕とか、「場合判例」である〔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」前掲ジュリスト８～９頁および田中豊「利用（侵害）主体判定の論理―要件事実論による評価」前掲ジュリスト15～16頁〕と呼ばれているよ

ると、管理・支配以外の多様な要素を考慮に入れる一方で、営業上の利益について明示的には考慮要素としてあげていない、という点で相違している。つまり、ロクラクⅡ事件最高裁判決は、複製権の侵害主体[67]を判断する上で、カラオケ法理を採用しなかったということになろう[68]。

次に、カラオケ法理的な要素を抜きにして評価するとどうなるであろうか。知財高裁の判決は、経済的利益を得るために、Y_1が、ユーザによるファイルの投稿を誘引し、投稿されたファイルが著作権を侵害する蓋然性の高さを認識しつつ、それを蔵置している点を、Y_1自身による複製行為と同視した。これは、一見する限りロクラクⅡ基準と矛盾するものではない。なぜなら、諸要素を総合的に考慮して複製主体を判断しているからだ。

しかしながら、次の2点でロクラクⅡ基準とは大きく異なっている。一つは、知財高裁の判決はファイルの蔵置という不作為に重きを置いているが、ロクラクⅡ基準の場合はあくまでも、サービス提供者の能動的な行動に主眼を置いていることである。ロクラクⅡ事件の場合も、複製権侵害が問題となった事案であり、また個々のロクラクⅡにファイルが蔵置されていることこそ、サービスの価値の源泉であったことを考えれば、知財高裁同様に蔵置に注目する途もあったはずであるが、そうはしていない。

今ひとつは、ロクラクⅡ基準を抽象的に見るのではなくて、それが具体的に適用された状況を見ることから明らかになる[69]。すなわち、同基準によって侵害主体とされるためのハードルは、少なくとも動画投稿共有サイトの管理運営者に当てはめるには、かなり高いものとなっているように思われる。

ロクラクⅡ事件の場合、ユーザには、具体的にどの番組を録画するかを、自らの意思で決定し指示する自由が存在したが、最高裁は、その点を障害とせずに、録画機器にアンテナを接続して放送番組等を入力した点を重視して、サービス提供者を複製主体と認めた。ユーザの行為が存在するにもかかわらずという点は、本件と類似する。しかしながら、ロクラクⅡ事件の事実関係を改めて振り返ると、(a)ユーザの自由は、アンテナから入力される番組という枠の中での自由にすぎず、かつ、(b)アンテナから入力される番組のいずれもが他人が有効な権利を有しているものである、という状況が存在した。そして、そのような状況の下では、ユーザがその自由意思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、意味を持たない。なぜなら、ユーザがいずれの番組を選んだとしても――権利制限規定に該当しない限り――ユーザによる複製は権利侵害となるからである。一方で、サービス提供者が、複製機器にアンテナを接

うに、最高裁によって設定された「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…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…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」に限った判断を示したにすぎない。したがって、前記の「複製主体の判断に当たっては…」という部分を、最高裁によって示された複製主体の一般的判断基準として受け止めるのは不正確かもしれない。ただ、実際問題としては、今後、複製主体が誰であるかが問題となった場合、下級審がこの説示に依拠する可能性――必要性はないが可能性はある――は十分に予想できる〔関連して前掲田中12頁参照〕。そこで、本稿においては、下級審による、必要的ではない自発的な依拠が行われる場合に、前記説示をどう解釈すべきかを論じたい。

[67] 侵害主体と利用主体は厳密には同じではない。しかし、ロクラクⅡおよびまねきTVの両最高裁判決は、侵害か否かは知財高裁に差し戻して判断させる構造となっているため、侵害主体ではなくて利用主体という語を用いているが、両最高裁判決の文脈では等価である。また、本稿の目的のためにも等価であると考えるため、特に意識して使い分けることはしない。

[68] 金築裁判官による補足意見は、著作物の利用「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」とした上で、「『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」とする。そして「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」と続ける。つまり、行為主体の判断手法として、物理的、自然的、社会的、経済的視点から総合的に判断するという基本原理があり、それが演奏権の事案特有の形で発現したのがカラオケ法理、複製権の事案特有の形で発現したのがロクラクⅡ基準というように捉えるべし、ということなのだろう〔小泉・前掲注66)10頁も参照〕。この点、規範的利用主体論の普遍性を指摘するものとして田中・前掲注66)13～14頁参照。

[69] 小泉・前掲注66)9頁は、ロクラクⅡ基準自体は抽象的であるため、その当てはめについては、続いて展開される実質論が手がかりになることを指摘する。

続して放送番組等を入力しているという事実は、複製権侵害との関係上、枢要、すなわち最も大事になってくる。なぜなら、ユーザが何を録画しようとも権利侵害となり得る状況を作り出したのは、サービス提供者に他ならないからである[70・71・72]。

翻って、動画投稿共有サイトの場合はどうだろうか。確かに、ユーザには自分の意思でどのファイルを投稿するか決定する自由が存在する。ではそのユーザの意思を、複製権侵害との関係では捨象し、意味を持たなくしてしまうような状況、すなわち前記(a)(b)のような状況が存在したといえるだろうか。この点、サーバをインターネットに接続する行為は、外形的にはレコーダをアンテナに接続する行為と類似するが、動画投稿共有サイトの場合、投稿される動画には、他人の放送番組もあれば、自分が撮影した動画もあり得るわけで、その意味で投稿ファイル（＝複製対象物）に枠が設定されており（前記(a)）、かつその枠内のものは全て他人が有効な権利を有するものである（前記(b)）というような状況は通常考えられない[73]。

[70] 例えば、サービス提供者が、放送されている番組だけでなくて、自らが権利を有する映像や、ユーザによる録画について許諾を得た映像、さらにはパブリックドメインの映像なども提供していた場合とは、状況が違うのである。

[71] しかも業者は、単に機器に放送番組等を入力しているだけではなくて、複製を行うことが必然の者――問題となったサービスのユーザは複製をしたいがためにサービスを契約するのであり、サービスを契約したが複製を行わない者を概念することはできない。ユーザごとに差があるとすれば、複製を行うか行わないかではなくて、複製をどの程度行うかの程度問題にすぎない――に、複製のための機器を利用させ、またその機器を維持・管理しているわけであるから、具体的にどの番組を複製するかを決定する部分――既に見たように、この部分は複製権侵害との関係では捨象される――を除いて、複製を構成するほとんど全ての要素を業者が担っているのである。

[72] ジュークボックス法理を参照〔大渕哲也「知的財産法の重要論点　著作権侵害に対する救済(1)」法学教室356号(2010)142頁注４〕。

[73] 動画投稿共有サイトの場合は明記されていないが、帖佐隆［判批］［まねきTV事件上告審・ロクラクⅡ事件上告審］知財ぷりずむ９巻102号（2011）58頁は、著作権法30条１項１号を踏まえて、ユーザに自動複製機器を使用させる者は複製者とはならないのが通常であるが、被複製物を提供する場合は異なり得ることを示唆する（ただし、その論理をロクラクⅡ事件の「電波の入力」の場合に適用することには

もっとも、動画投稿共有サイト一般の場合は上記のようであったとしても、本件の場合は、テレビ番組の投稿に特化したように受け取れる部分もあり、その意味では前記(a)および(b)が満足されるのではないかとの指摘もあり得よう。ただ、ロクラクⅡ事件の場合は、それらは確実性のレベルであるのに対して、本件では蓋然性のレベルにとどまる点に違いがあると指摘することもできよう。そしてこの点を強調するならば、本件の事実関係であっても、ロクラクⅡ基準を満たさないということになろう。

ただ逆にいえば、前記(a)(b)を満足することが、確実性のレベルの場合、例えば、動画投稿サイトの管理運営者が、ある著作物を特定して、その投稿をユーザに対して積極的に呼びかけ、ユーザがそれに応じて投稿を行ったような場合は、呼びかけに応じて投稿するかしないかはユーザの自由意思に委ねられるとしても、当該投稿された著作物についての複製権侵害との関係では、管理運営者を複製権の侵害主体と評価する余地があろう[74]。

(5) まねきTV事件最高裁判決とその影響

送信可能化を含む公衆送信権の侵害主体についていかに判断するかについては、まねきTV事件において最高裁の考え方が示された。

同事件では、テレビ番組をデジタル変換してインターネットに送出する機能を有する転送装置の親機（ベースステーション）を、ユーザから預かって維持管理するサービスを提供していた業者が、放送局から著作権（公衆送信権）ならびに著作隣接権（送信可能化権）の侵害で訴えられたものである。この事件でも、転送自体は、ユーザの指示に基づいてベースステーションが自動的に行うものであり、サービス提供者は間接利用者にすぎ

反対)。また、金子敏哉［判批］［ロクラクⅡ事件上告審］TKCローライブラリー・速報判例解説・知的財産法No.59・4頁は、「複製対象コンテンツをサービス利用者が用意し機器に入力する事例（MYUTA事件の事案や一般的なストレージサービス、メールサーバ）については、本判決の『判決設定事例における判断』からは、利用者が直接的な利用行為の主体と認定されることになる。」とし、本稿の理解と同旨と考える。

[74] 米国でいえば、侵害の誘因が問題となるような事例である。侵害の誘因については拙稿「Grokster事件合衆国最高裁判決について」AIPPI 50巻10号（2005）586頁以降を参照。

なかった。そのため、サービス提供者の侵害主体性が争われることとなったのである。

一審判決は、業者は転送装置の親機を預かり維持管理しているにすぎず、ユーザによる送信行為を管理・支配したり、そこから利益を受けたりしているわけではないとして、業者は著作権などの侵害主体に当たらないと判断した[75]。控訴審判決も、業者による侵害を否定したが、その論理は一審のそれとは異なり、業者が預かる転送装置の親機は予め設定された子機に対して１対１通信をする機能しか有さないため、そもそも自動公衆送信装置には当たらず、結果、自動公衆送信装置の利用を前提とする送信可能化権の侵害の問題は生じず、さらに本件の場合は公衆送信権の侵害にもならないと判断した[76]。

これに対して最高裁は、

> 「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うべきである。
>
> そして、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。」

との判断を示して、知財高裁の判断を破棄し事件を差し戻した[77]。

このまねきTV事件最高裁判決の第２段落では、管理・支配や営業上の利益については、一切考慮されることなく、自動公衆送信の主体が判断されている。つまり、自動公衆送信の主体が問題となる場合、カラオケ法理は出番を失ったということになろう。では、まねきTV事件最判の論理に照らして改めて検討すると、動画投稿共有サイトの場合、自動公衆送信の主体は誰になるのだろうか[78]。

まねきTV事件最高裁判決は、自動公衆送信の主体に関して２つのことを述べている。すなわち、自動公衆送信の場合、（α）送信の主体は、受信者からの求めに応じ情報を自動的に送信する装置が、受信者からの求めに応じて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である、ということと、（β）前記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、その装置に継続的に情報が入力されている場合には、その装置に情報を入力する者が送信の主体である、ということの２点である。

このうち、前記（α）については、一見するとインターネットとやりとりすることができるサーバを設置することを指しているようにも読めるが、実際にはそうではないと解すべきだろう。すなわち、最高裁は、情報を自動的に送信することができる「状態にする者」、「状態に置く者」、「状態を作り出す者」などとせずに、「状態を作り出す行為を行う者」という表現を採用している。この点、「状態を作り出す行為を行う者」という表現が、前出の表現と比べてより積極的能動的な行為を求めていることは明らか

[75] 東京地判平成20年６月20日平成19年（ワ）第5765号

[76] 知財高判平成20年12月15日判時2038号110頁。

[77] 最判平成23年1月18日判時2103号124頁。

[78] 関連して拙稿「まねきTV事件最高裁判決について（仮）」AIPPI 2011年９月号掲載予定参照。

であろう[79]。従来、サーバなどの「通信設備を単に設置、管理、運営する者については、単に設備の運営等を行っているにすぎないと解される限りにおいて」「ネットワーク・プロバイダなど、自動公衆送信装置の設置、管理、運営等を行う者については、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れば[80]」著作物を送信可能化（まねきTV 事件最高裁判決によれば、自動公衆送信の準備段階の行為と捉えられる）しようとしたとはいえないと解されてきたが、その論拠は立法担当者の解説に求めるしかなかった[81]。

しかし、今回の最高裁判決を受けて、次のような説明が可能だろう。すなわち、まねきTV 事件最高裁判決によれば、送信可能化や自動公衆送信の場合の主体とは、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」でなければならず、単にサーバを設置するだけの者やプロバイダ業務のみを行う者は、そのような「状態にする者」（または「状態に置く者」や「状態を作り出す者」）にすぎないから、主体とはなり得ないのである。つまり、前記（α）は、インターネットとやりとりすることができるサーバを設置するだけで送信可能化や自動公衆送信の主体となりかねない曖昧さを有している説示ではなくて、むしろ、サーバの設置や管理・運営だけでは送信可能化や自動公衆送信の主体に当たらないことを明確にしている説示と理解するべきであろう。

では、どのような行為を行えば、「状態を作り出す行為を行（っている）」と評価されるのだろうか。この点について、1 つの行為類型を明らかにするのが、前記（β）の部分である[82]。前記（β）では、自動公衆送信装置に入力する者が、送信の主体とされ、実際にはアンテナをベースステーションに接続し、放送番組等を同機に入力できるようにしたサービス提供者が送信の主体とされた。では、動画投稿共有サイトのサーバをインターネットに接続し、ユーザが入力、すなわち投稿できるようにした管理運営者は送信の主体となるのだろうか。

ここで、前記（β）の部分は、著作権法 2 条 1 項 9 号の 5 イの規定（「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公衆送信装置…に情報を入力すること」）とほぼ同一であることを想起すれば、前記（β）にいう「入力」は、input の意味の一般用語としての入力――例えば、「サーバへ情報を入力する」などとして使われる場合の入力――とは異なり、より狭い入力型送信可能化の場合――典型的には、自動公衆送信装置に入力された内容を蓄積せずインターネットに向けて直ちに送信可能化するような場合[83]――の入力に限られることになる。一方、同 9 号の 5 イでは、自動公衆送信装置の記録媒体に記録するものが送信可能化される場合〔以下、記録媒体型送信可能化〕に、当該装置に input することは、入力ではなくて「記録」と表現されている。以上に照らせば、内容においてもそして文言上も、前記（β）は、本件のような動画投稿共有サイトの事案を直接の射程としないということができるだろう[84・85]。

もっとも、前記（β）が動画投稿共有サイトの事案を直接の射程としない

[79]「状態を作り出す者」と「状態を作り出す行為を行う者」は、同義ではないかとの指摘もあり得よう。しかしながら、例えば、「病気の子供を医者に診せず放置することで、生命が危険な状態を作り出した」とはいえても、「病気の子供を医者に診せず放置することで、生命が危険な状態を作り出す行為を行った」とはいえないだろう。つまり、不作為によって「状態を作り出す」ことはできても「状態を作り出す行為を行う」ことはできないのであり、両者には差があるといえる。

[80] 加戸守行『著作権法逐条講義　5 訂新版』（著作権情報センター・2006）43頁。

[81] 山田真紀［判解］ジュリスト1423号（2011）33頁も、サーバの設置などを行う者を送信可能化や自動公衆送信の主体と見ない論拠を立法担当者の解説に求めている。

[82] 山田・前掲注81）33～34頁および今村哲也［判批］［まねきTV 事件上告審］TKC ロ－ライブラリー・速報判例解説・知的財産法 No.56・4 頁参照。

[83] 加戸・前掲注80）42頁参照。

[84] 今村・前掲注82）5 頁も、動画投稿共有サイトの管理運営者について、前記（β）の射程は必ずしも及ばないとする。なお、理由は、「継続的な情報の入力」が生中継のような形で情報を継続して入力する類型に限定する趣旨だからだとする。動画投稿共有サイトの場合は明記されていないが、「継続的な情報の入力」に着目して、まねきTV 事件最高裁判決の射程は、一般的なインターネットサービスには及ばないと指摘するものとして、三村量一・松田俊治・藤本祐太郎・田村吉央［判批］［まねきTV 事件上告審・ロクラクⅡ事件上告審］知財研フォーラム85号（2011）67頁。

[85] なお、山田・前掲注81）34頁注 5 は、メールサーバの運営者やプロバイダについて、入力している者にはならないとするが、理由としては、それらの者は、「情報の発出、取得に直接関係するものではないから、自動送信装置であるサーバ等に当該情報を入力していると評価することはできないであろう」とする。

としても、その論理を類推するならば、動画投稿共有サイトの場合は、記録媒体型の送信可能化であるから、「記録」を行う者が送信の主体となることはほぼ自明であろう。では、動画投稿共有サイトの管理運営者が、記録を行う者として、送信の主体と評価される可能性はあるのだろうか。

動画投稿共有サイトの場合、一般に、投稿されたファイルのサーバへの記録は、サーバ自体が自動的に行い、サーバの管理運営者は直接関与しない。その意味では、管理運営者が記録を行っているかどうか、という問題は、ロクラクⅡ事件の場合にサービス提供者が複製の主体か否かが問題となったのと類似する。とすると、複製主体についての判断手法であるロクラクⅡ基準が応用され、記録の対象、方法、記録への関与の内容、程度などの諸要素が考慮されて記録主体が判断されることが考えられよう[86]。

この点、既にロクラクⅡ事件最高裁判決に関する部分で検討したように、動画投稿共有サイトにおいては、他人が有効な著作権を有する著作物を特定して、その投稿をユーザに対して積極的に呼びかけたような場合は、サイトの管理運営者が複製＝記録の主体となる余地があろう。しかもこのような呼びかけを行った者は、当該呼びかけによって、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（った）者」と評価することも可能であるから、前記（α）に照らしても、送信の主体と判断することに問題はない。

なお、特定の著作物の投稿を呼びかけるのではなくて、投稿されたものが著作権を侵害していることを知りながら放置したような者は、そもそもロクラクⅡ基準を応用しても記録した主体と評価できるか疑問があるが、放置行為が不作為である以上、「状態を作り出す行為を行（った）」とはいえず、前記（α）に照らして、送信主体には当たらないものと考える。この点、知財高裁判決のうち、蔵置行為に焦点を当てている部分は、まねきTV事件最判の論理に照らせば受け入れられないということになるのではないだろうか[87]。

[86] 今村・前掲注82）5頁参照。

[87] この点、今村・前掲注82）5頁は、まねきTV事件最高裁判決とは別の問題として、不作為責任を負うこともあるとする。

（6）小括

本判決は、Y_1を侵害主体とすることで、すなわち侵害主体の概念を拡張することによって、Y_1を相手方とする差止請求を認めた。Y_1を侵害主体と判断するに当たって、本判決は、カラオケ法理の要素である、管理・支配と利益の帰属の存否を含む、判断基準を示した。また、基準の当てはめに際しては、Y_1が侵害の蓋然性の高さを認識しながらそれを容認し、侵害ファイルを蔵置し続けたことを重視した。

しかしながら、このような本判決の基準は、その後に示されたロクラクⅡ事件最高裁判決とまねきTV事件最高裁判決とは、必ずしも整合しない可能性がある。まず、複製権の場合については、ロクラクⅡ事件最高裁判決が、そして送信可能化を含む公衆送信権の場合についても、まねきTV事件最高裁判決が、カラオケ法理によらずに侵害主体を判断する考え方を示した。また、「蔵置」を重視する本判決の態度も、ロクラクⅡ事件およびまねきTV事件の最高裁判決の考え方とは方向性を異にしている。さらに、本件の事実関係を離れて、動画投稿共有サイト一般に関して、両最高裁判決で示された考え方を当てはめたとき、果たしてその管理運営者をして侵害主体といえるかどうか、疑問が少なくないことも既に見たとおりである。以上がここまでの検討の結果といえよう。

もっとも、両判決はいずれも場合判決であるとされるため、そこで示された考え方を、当然に一般的な規範として受け止めることはできない。しかし、一方でそれらが、今後下級審によって、しばしば参酌されていき、実質的に一般規範化することは容易に予想できる[88]。ここでの検討は、そういった状況を念頭に置いたものである。

ところで、Y_1を侵害主体と捉える本判決の論理は、彼に対する差止請求を認めるために用いられただけでなく、別の部分でも、本判決の結論に重大な影響を及ぼしている。具体的には、次項で検討するプロバイダ責任制限法3条1項との関係である。

[88] 今後は、複製権の場合はロクラクⅡ事件最高裁判決の考え方、公衆送信権の場合はまねきTV事件最高裁判決の考え方、その他の場合は（実質的には演奏権の場合は）カラオケ法理という、鼎立状態にあると考えるべきなのかもしれない。関連して小泉・前掲注66）10頁参照。