

表現（情報）の自由からみた著作権の論点(2) ～インターネットを利用したテレビ番組の送信ないしは録画サービス～

飯野 守

Reflections on Copyright from the Point of View of Freedom of Information (2) -Two Prominent Copyright Infringing Cases in Japan(“Maneki TV” case and “Rokuraku II” case)

Mamoru Iino

Abstract

This article discusses two copyright infringing cases decided by the Supreme Court of Japan in 2011.

One of these cases is “Maneki TV” case in which case the Court decided illegal a TV programs transmitting service. In this service, the apellee used an equipment named “Location free” that enables clients to transmit TV programs simultaneously through the internet.

The other case is “Rokuraku II” case in which case the Court also decided illegal a TV programs recording service. In this service, the apellee used a kind of the HDD recorder that enables clients to record and transmit TV programs through the internet.

In this article the author points out that the decisions by the Court in these two cases have not so negative influences upon so-called cloud computing.

1. はじめに

2011年1月に、かねてより話題であった「まねきTV」および「ロクラクII」に関する最高裁判所判決が出された。このうち、まねきTV事件判決は、1対1の紐付けがされたテレビ放送受信機器によるインターネット回線を通じた送信サービスについて、業者を行為の「主体」とする公衆送信行為と判断したものであり、他方で、ロクラクII事件は、テレビ番組の録画サービスについて、業者を行為の「主体」とする違法な複製行為との判断を示したものであった。

これらのサービスにおいて行われた行為は、いずれも利用者が自己の管理下において行うのであれば著作権侵害の疑いを生じさせないと考えられるものである。そこで、これらの判決が将来におけるネットワークの利用に影響を及ぼすことを懸念する声も多い¹⁾。

しかしながら、両判決はそれぞれの事例に即した慎重な言い回しで書かれており、テレビ放送の送信、番組の録画といった具体的事例を離れてどの程度の一般的判断を含んでいるかが問題になるものでもある。

本稿は、このような関心から、両判決の内容を改めて検討し、判決に見られる論理のうち特に行為の「主体」に関する判断を手がかりとして、両判決がわが国におけるネットワークの利用に及ぼす影響について考察することにより、ネットワークと著作権の関わりに係る問題点の一端を検討す

ることを目的としている²⁾。

以下、第2章では、二つの最高裁判決についての最低限の整理を行い、第3章において、この検討を踏まえて最高裁における行為の「主体」判断についての整理と分析を行うとともに、若干の提言を試みることにする。

2. まねき TV 事件とロクラク II 事件

(1) まねき TV 事件の論点

まず、まねき TV 事件とロクラク II 事件に対する最高裁判所判決について簡単に跡付けておきたい。なお、両事件についてはすでに多数の紹介・分析があるので、事件の紹介は本稿との関わりで必要な最小限の範囲にとどめることにする³⁾。

最初に、まねき TV 事件から簡単に振り返ってみる。

「まねき TV」は、ソニーが製造販売する「ロケーションフリー」（いわゆる Net AV 機能を持つ機器の商品名）を利用して、利用者にインターネットを通じてテレビ番組を視聴させるサービスであった。ロケーションフリーは地上波アナログ放送を受信してこれをデジタルデータ化して送信する機能を有するベースステーションと称する機器を中核としている。本件サービスは、アンテナおよびインターネット回線に接続して稼働可能な状態に置いたベースステーションを事業所内に設置保管することで、利用者に希望するテレビ番組を海外などの任意の場所で視聴可能とさせることを内容とする。ベースステーションは利用者が自ら購入するものであり、一台のベースステーションからの放送データを受信できるのは当該利用者の端末機器（専用モニタ等）のみである（ベースステーションと端末機器の間には1対1の対応関係がある）。

これに対し、放送事業者6社（うち一社は会社分割により経営管理事業を除く一切の事業に関する権利義務を継承した放送事業者であった者）が、放送について放送事業者として有する送信可能化権（著作権法99条の2）及び放送番組に対する公衆送信権（法23条1項）の侵害を理由として放送の送信可能化及び放送番組の公衆送信の差止めとともに、損害賠償の支払いを求めた。

なお、当該する機器を個人が購入し自己の管理下で使用する場合には、これが公衆送信等に当たるとの疑義はなく著作権法上の問題は発生しないとされるものであった。本件申立において、放送事業者側もベースステーションの利用一般が著作権・著作隣接権侵害に当たるとは主張していない。

この事件の第一審となった東京地裁は請求を棄却した⁴⁾。続く控訴審の知財高裁も、「1対1」の送信機能しか有していない本件のベースステーションは「自動公衆送信装置」（「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」（著作権法2条1項9の5号））に当たらないなどの理由から、送信可能化権侵害との主張を退け、さらに、自動公衆送信装置でないベースステーションからの送信は「公衆送信」に該当しないなどとして、請求を退けた原審の判断を支持した⁵⁾。

知財高裁判決は、本件ベースステーションによる通信が1対1の紐付けがされたものであるという実態を重視して判断したものである。

これに対して最高裁は次の判断を示して知財高裁の判断を退けている。

最高裁は先ず、高裁判決が決め手としたと思われる、ベースステーションが「自動公衆送信装置」に当たるか否かという点に関して、「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べき」とした。

次いで最高裁は、自動公衆送信の主体についてさらに次のように述べている。

「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」(傍点筆者)

最高裁はこのように、原審が請求を退ける決め手としたと思量される当該装置が自動公衆送信装置に該当しないと判断を退けた上で、自動公衆送信は、自動的に情報を送信する機能を有する装置の使用が前提なのであるから、送信の主体は「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」であり、より具体的には当該装置に「情報を入力する者」とする判断を示したのである⁶⁾。

最高裁は、以上の前提に立って本件について具体的な検討を加え、①本件サービスにおいては、サービス事業者がテレビアンテナに接続して放送が継続的に入力されるように設定したうえで、ベースステーションを事務所内で設置管理しているのであるから、ベースステーションの所有者自体は利用者であるとしても、「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〔サービス提供者〕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」とした。そして、②契約を締結することにより何人も本件サービスを利用できることから、「送信の主体である被上告人〔サービス提供者〕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」ので、結局、本件サービスにおける送信は「自動公衆送信」であり、さらに、③それに用いられるベースステーションは「自動公衆送信装置」に当たり、かつ、④ベースステーションに本件放送を入力する行為は放送の「送信可能化」に当たるとしたのである。最高裁は公衆送信に関しても同様の論理により、利用者の端末機器までの送信の主体がサービス提供者であり、本件番組の送信が公衆送信に当たるとしている。

最高裁はこのように「自動公衆送信」を、公衆からの求めに応じて情報を自動的に送信する機能を有する装置の使用を前提とすると捉え(著作権法2条1項9の4号参照)、アンテナを接続して情報(放送)を「継続的に入力」しているサービス提供者こそが、送信可能化(送信)の「主体」とあり、かつ、何人に対しても開かれている本件サービスの特性に鑑みて、利用者が「公衆」に当たるとした上で、本件サービスにおいて放送をベースステーションに入力する行為を送信可能化とし、番組を利用者に送信する行為は自動公衆送信に当たるとしたのである。

最高裁は、以上により、送信可能化権・自動公衆送信権の侵害を認めなかった原判決を破棄し事件を原審に差戻した⁷⁾。

以上のような最高裁の論理は、これを極めて単純化して理解することが許されるならば、結局のところ次のようになる。つまり、情報の入力主体はアンテナを接続して(自動公衆送信)装置に情報が継続的に入力されるようにしている者(「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」)、当該サービスが何人でも利用できるものである場合は利用者は「公衆」、この

ような環境の下でユーザに情報を送信する行為は自動公衆送信（送信の主体は当該装置に情報を入力する者）ということになる。すなわち、1対1の紐付けが考慮されていないと思われる点もさることながら、サービス提供者の責任を問う最大の決め手は、情報が自動的に送信される環境の下では、（自動公衆送信）装置に情報を継続的に入力する者が公衆送信の主体となるという点にあったのである。

(2) ロクラクⅡ事件最高裁判決の論点

ロクラクⅡ事件では、公衆送信権ではなく放送番組の録画機能を持つHDDレコーダー（ロクラクⅡ）による「複製権」侵害の有無が争われた。

ロクラクⅡは、親機と子機からなるインターネット通信機能を持つ録画機器である。親機は地上波アナログ放送のチューナーを内蔵しており、受信した放送番組等をデジタル化して録画し、録画したデータをインターネットを通じて送信する機能を有する。親機は子機からの指示により放送番組等の録画を開始した後、このデータを子機に転送する。子機は録画したデータの再生機能を有するので、利用者は子機の操作により当該録画番組を視聴できる。そして、親機と子機は1対1の対応関係を持つ。

本件サービスは、サービス提供者が利用者にレンタルした親機をアンテナおよびインターネットに接続して録画可能な状態に置くこと（子機は販売ないし貸与される）であった。これにより、利用者は親機が設置されている地域の放送番組の録画影像を海外などの任意の場所で再生視聴可能となる。

これに対し、放送事業者等10社（うち一社は経営管理権を除く複製権等の権利義務を承継する放送事業者であった者）が自ら制作した放送番組等（各社が制作した放送番組および放送に係る音声・影像）の複製権を侵害するとして、本件サービス提供者に対して録音・録画の差止め、親機の廃棄、損害賠償を求めた。サービス提供者側は、本件のサービスにおいて行われる複製はサービス提供者が行っているのではなく、利用者による「私的使用のための複製」（著作権法30条1項）なのであり、したがって許諾なしに許されると主張した⁸⁾。

一審では権利者側が勝訴したが⁹⁾、二審の知財高裁は、権利者側の主張を退けている¹⁰⁾。この知財高裁判決は「利用者における適法な私的利用のための環境条件等の提供を図る」サービスにつき、これを「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」と述べて、技術の進展による利便性の向上に理解を示し、さらに、規範的行為主体論の一種として知られるいわゆるカラオケ法理¹¹⁾を「事案を異にする」として退けた判断として注目を集めたものである。

ここで、知財高裁判決の内容について若干の紹介をしておきたい。同判決はまず、①親機ロクラクを本件サービス提供者が管理・支配する場所に設置し、アンテナ等と接続して地上波アナログ放送の受信を可能とさせている点につき、これを「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」として、「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」とした。他方で、②テレビ番組の録画と子機へのデータの移動は「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」ことから、結局、サービス提供者の行為は「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」ものとした。

知財高裁は以上を前提として、「本件サービスにおける録画行為の実施主体は、利用者自身が親機ロクラクを自己管理する場合と何ら異ならず、控訴人が提供する本件サービスは、利用者の自由な意思に基づいて行われる適法な複製行為の実施を容易ならしめるための環境、条件等を提供しているにすぎないものというべきである」としたのである¹²⁾。

知財高裁は、このように本件サービスにおける複製の主体を利用者と見て、サービス提供者によるアンテナ接続等の行為はその技術的前提に過ぎないと見た。

これに対し最高裁は、「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」①サービス提供者が「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」複製機器に入力しており、かつ、②「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、当該サービスの利用者が録画の指示をする場合であっても「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」とした。

最高裁はさらに説明を加え、「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」上記のような場合においては「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」（傍点筆者）いるのであって、「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」なのであるから、「サービス提供者を複製の主体というに十分である」とする¹³⁾。

最高裁は以上の判断を示して事件を知財高裁に差し戻した¹⁴⁾¹⁵⁾。

以上のように、最高裁はサービス提供者の管理・支配下でアンテナで受信した放送が複製機器に入力され、ユーザは単に録画の指示を与えるに過ぎない本件の環境の下、本件のサービス提供者の行為を「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」と称し、結局サービス提供者を複製の「主体」と判断したのである。情報入力という複製実施に伴う不可欠の準備がすべて整っている環境の下では、単に指示を与えるのみの利用者ではなく、その準備を行ったサービス提供者が行為の「主体」となるという判断である。

次章では、紹介した二つの最高裁判決にみられた「主体」判断について検討したい。

3. 行為の「主体」判断について

前章で「まねきTV」および「ロクラクⅡ」という二つの事件に関する最高裁判決を紹介した。ここで、行為の「主体」判断という論点にできるだけ絞って問題を整理しておきたい。

両事件で問題となったサービスは、いずれも1対1の紐付けがなされた機器に対して利用者が送信あるいは録画の指示を行うものであった。これらの指示はインターネットを経由して利用者が行い、利用者はこのサービスを利用することにより海外のような遠隔地でテレビ番組を視聴することができるという利益を得る。そして、これらの行為は、利用者個人が自己の管理下において行えば著作権侵害とはならないものであった。両判決は、これを著作権侵害としたものである。

両判決の決め手は、まねきTVにあっては、「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」(求めに応じて情報を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回線に接続されており、当該装置に継続的に情報が入力されている場合は、「情報を入力する者」)が送信行為の「主体」とであると判断されたこと。そして、ロクラクⅡにあっては、管理、支配下で受信した放送を機器に入力しており、指示がされると「複製が自動的に行われる」という環境に鑑みて「情報を入力するという…複製の実現における枢要な行為」をした者が複製行為の「主体」と判断されたことであった。

このように見てみると、両判決が採用した論理はこれを規範的行為主体論と呼ぶとしても、いわゆるカラオケ法理とは明らかに一線を画するものである。すなわち、カラオケ法理ではある行為の社会的、経済的効果の分析(客にカラオケを歌唱させる行為はクラブの営業上の利益に貢献する)から、行為の「主体」を規範的にカラオケ店の経営者であるとした(実際には客が歌唱しているの)のに対し、二つの最高裁判決においては、情報の受信・入力・送信ないし複製という現実の情報の流れに着目して、行為の「主体」が実質的にサービス提供者であると判断されたのである。

両最高裁判決は、それぞれのサービスに用いられている具体的な環境(および情報の具体的な流れ)に着目していることが窺われる。そしてこの故に、経済的効果などの分析に踏み込むことなく、行為の「主体」をサービス提供者とすることができたのである。

それでは、両判決の論理は、クラウド環境を利用してサーバーと自己所有のPCとの間でインターネット回線を通じて他人の著作物をやりとりすること、および、許諾を受けることなく他人の著作物をクラウド上のサーバーに記録する(複製を行う)ことなど、クラウドの利用に対する著作権法上の評価に何らかの影響を与えるのだろうか。この場合に、クラウドが公衆に開かれたサービスであると評価されることはやむを得ないとすると¹⁶⁾、やはり行為の「主体」に関わる判断がポイントとなる。

ここで、二つの最高裁判決の表現を再度確認してみる。

まず、公衆送信権についてである。すでに見たように、まねきTV事件では、自動公衆送信が自動公衆送信装置の使用を前提としているという事実を鑑みて、自動公衆送信をできる「状態を作り出す行為」を行った者が送信の主体であるとされ、より具体的には「当該装置が…電気通信回線に接続」されていて「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された。この判断に基づき、実際の利用者ではなくサービス提供者が送信の主体となり、さらに、何人も契約を締結することによりサービスを利用することができるのだから、送信の主体(=サービス提供者)からみて利用者は不特定の者として「公衆」に当たるとされたのである。

次に複製権についてである。ロクラクⅡの最高裁判決では、その管理、支配下で情報(放送)が複製機器に入力され、指示がなされると「複製が自動的に行われる」という環境に鑑みて、実際の利用者ではなく「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…情報を入力するという…複製の実現における枢要な行為」をしている者が「複製の主体」とされたのであった。これは、情報の入力業者の手によって行われており、利用者は単にボタンを押すに過ぎないという状況と理解しなければならない¹⁷⁾。

このように、両判決においては自動公衆送信装置に「継続的に情報が入力されている」(まねきTV事件)、もしくは、指示があると「複製が自動的に行われる」(ロクラクⅡ事件)という両事件の特別な環境に鑑みて、自動公衆送信装置ないし複製機器に情報を入力するサービス提供者が行為の「主体」とされたのであった。最高裁は、それぞれの環境の特性に応じて情報の流れや設置管理

の実態、ないしは、複製への関与の程度を具体的に見て判断を行ったものと理解できる。

このように考えたとき、両判決の特に情報入力「主体」についての論理が他の環境の下でも先導として用いられ、かつ、その判断が適切に行われるならば、むしろいわゆる「クラウドコンピューティング」についても情報の現実の流れに即して行為の「主体」判断が的確に行われることが期待できることになる。たとえば、クラウドストレージなどと呼ばれるサービスにおいて、ユーザーがサーバーに著作物を保存（複製）し¹⁸⁾、同著作物をユーザーがサーバーから自己の端末に送信する行為などについては、情報入力「主体」の判断を適切に行うことで、その違法性についての懸念を払拭することができると思われるのである。

以上に示したのは、あくまでテレビ放送の送信可能化ないし番組の公衆送信権侵害、又は、テレビ番組の複製権侵害に関して最高裁が示した判断が、他の環境においても先導とされたとしたならば考えられる論点である。ただ、このようにみたとき、MYUTA 事件地裁判決の判断との整合性が問題となりうる¹⁹⁾。同判決の論点の検討は別稿に譲りたい。

注

- 1) 両判決がネットワークにもたらす影響について懸念を示すものとして、「〔座談会〕著作権法は何をめざすのか」Law & Technology 51号1頁以下（民事法研究会・2011年4月）を参照。同座談会では「この最高裁判所の理論あるいはカラオケ法理の理論を使えば…クラウド業者が利用の主体だとみられて、クラウドサービスが著作権侵害になるおそれがあります」（岩倉正和の発言（14頁））などとする指摘がなされている。
他方で、両判決を肯定的に理解し、その影響についての「風評被害」を避けるとの視点から書かれたものとして、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年6月）を参照。
- 2) この点に関する詳細かつ優れた分析として、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（日本弁理士会・2011年）がある。本稿は同稿から多くの示唆を得ている。
- 3) 前掲の注(1)および注(2)の文献のほか、山田真紀「〔まねきTV事件〕（最一小判平23・1・18（平成21年（受）第653号））」Law & Technology 51号95頁（2011年）、柴田義明「〔ロクラクⅡ事件〕（最一小判平23・1・20（平成21年（受）第788号））」Law & Technology 51号105頁（2011年）など。
- 4) 東京地判平成20年6月20日（Westlaw Japan 文献番号2008WLJPCA06209001）。
- 5) 知財高判平成20年12月15日（判時2038号110頁）。
- 6) 最一小判平成23年1月18日（判時2103号124頁）。「状態を作り出す行為を行う者」について、単にサーバーを設置するというような行為を行った者ではなく、「より積極的、能動的な行為を行う者」がこれに該当するとする指摘に注意（奥邨（前掲注（2））9頁および注43～46を参照）。また、奥邨はさらに、最高裁の言う「入力」はinputの意味ではなく、入力型送信可能化の場合における「入力」であって、記録媒体型送信可能化や自動公衆送信は「本判決の直接の射程外」とする（同書94頁）。
- 7) 差戻後高裁判決として知財高判平成24年1月31日（判時2142号325頁）参照。
- 8) 「私的使用のための複製」に関しては、若干の補足が必要である。法文上、①「個人的に又は

家庭内その他これに準ずる」程度の限られた範囲内で使用することが目的でなくてはならず、②複製は「その使用する者」のみが行うことができるのであって、他方で、③「公衆の使用に供することを目的として設置されている自動複製機器」を用いて行うことは許されず、また、④技術的保護手段を回避することで可能となった複製をその事実を知らずに行うことも許されない（著作権法 30 条 1 項 1 号、2 号）。加えて、いわゆる違法アップロードされた自動公衆送信をその事実を知らずデジタル方式で録音・録画することも許されない（同条同項 3 号）。

上記のうち特に①から③に色濃く反映されているように、この規定はいわゆる零細な利用を前提としていることは明らかである。

- 9) 東京地判平成 20 年 5 月 28 日（判時 2029 号 125 頁）。
- 10) 知財高判平成 21 年 1 月 27 日（Westlaw Japan 文献番号 2009WLJPCA01279004）。
- 11) カラオケ法理とは、「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、管理・支配と利益の帰属という二つの要素を中心として総合的に判断する考え方である（ロクラクⅡ事件最高裁判決の金築裁判官の補足意見（注（15）参照）による）。

クラブキャッツアイ事件最高裁判決では、店における客によるカラオケの歌唱について、客は経営者の「管理のもとに歌唱している」こと、および、経営者は「客の歌唱をも営業政策の一環として取り入れ、これを利用して…営業上の利益を増大させることを意図していた」ことから、これを「著作権法上の規律の観点からは上告人〔経営者〕らによる歌唱と同視しうる」と判断したのである（最判昭和 63 年 3 月 15 日判時 1270 号 34 頁、36 頁）。

- 12) 同判決は利用者が子機操作により親機ロクラクにテレビ番組を録画させそのデータを受信して視聴する行為が私的使用のための複製（著作権法 30 条 1 項）として適法であること、および、親機ロクラクを利用者が設置管理し、録画したテレビ番組を海外に送信して視聴する行為も適法な利用行為であることを前提としている。
- 13) 最一小判平成 23 年 1 月 20 日（判時 2103 号 128 頁）。
- 14) 差戻後高裁判決として知財高判平成 24 年 1 月 31 日（判時 2141 号 117 頁）参照。
- 15) なお、最高裁判決に付されている金築裁判官の補足意見は、複製の「主体」の判断につき、いわゆるカラオケ法理（注（11）参照）にも言及しながら、これが規範的判断であることを強調するものであり、参考になる。

同補足意見は、カラオケ法理につき、その法的根拠が明らかでなく、また、要件が曖昧であるなどの批判があることに触れ次のように言う。

「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。」

金築裁判官は、以上のように、複製などの「主体」の判断は、規範的判断〔物理的ないし自然的事実ではなく〕なのであって、裁判官が判断すべきとする。そして、「カラオケ法理」とされるものは特殊な法理論ではなく、「規範的解釈の一般的手法の一つ」（傍点筆者）に過ぎないのであって、既述の「二つの要素」（行為に対する管理・支配と利益の帰属）も固定的なものではなく「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」とする。

金築裁判官の意見は、要するに、行為の「主体」判断は、「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」であることを確認するものである。そしてその上で、同裁判官は原判決が録画の実行指示を利用者が行っているという「自然的行為の側面」に焦点を当てたものと見て、さらに次の三点を指摘する。

①「放送の受信、入力のプロセスを誰が管理、支配しているかという点は、録画の主体の認定に関して極めて重要な意義を有する」（入力行為がなければ複製は不可能）のであって「本件録画の課程を物理的、自然的に観察する限りでも」（傍点筆者）録画指示を利用者が行うことに重点を置くことは相当でないこと、また、②本件サービスが海外居住者に利用価値が高いということは明らかであって、親機を受信可能地域に設置して自ら管理することは容易でなく、だからこそ本件のようなサービスが成り立つのであるから、「親機の管理が持つ独自の社会的、経済的意義を軽視するのは相当ではない。本件システムを、単なる私的使用の集積とみることには、実態に沿わないものといわざるを得ない」とする。そして、さらに③本件サービスは「テレビ放送の受信、録画に特化したサービス」であって、「利用者もテレビ番組を録画、視聴できるというサービスに対して料金を払っていると評価するのが自然」なので、経済的利益の帰属（著作権、著作隣接権利用に伴う利益）も肯定できるとする。〔ただし、本件に関しては「親機に対する管理、支配が認められれば、被上告人（サービス提供者）を本件録画の主体であると認定」できるので、③は結論を左右する要素ではないとする〕

金築裁判官は以上により、原判決を総合的視点を欠くものとする（判時2103号131-132頁）。

以上のように、金築裁判官の意見はカラオケ法理に対する批判に一定の理解を示しながら、「社会的、経済的側面をも含め総合的に観察を行う」べきことを説くものである。ただ、その具体的手法として、本件の判断に「海外居住者」に利用価値が高い（親機を自らの管理の下に設置することは容易でないからこそ本件のようなサービスが成り立つ）という視点（上述の②）および著作権・著作隣接権利用に伴う利益の帰属（上述の③）という視点を加えよとする点は議論の余地がある。

本件の争点はいくまで「複製権」の主体判断（私的使用のための複製に当たるか否か）であり、最高裁判決の論理もその範囲にとどまりながら「主体」について考察することで結論を導いていることを考えると、ここにさらに社会的・経済的側面（テレビ番組を海外で視聴可能とするサービスを料金を徴収して行う）という視点を加えよという金築裁判官の意見は、条文の制約を離れた過度に柔軟な判断を導く可能性を秘めたものと言わざるを得ない。

- 16) 既述のように契約を締結することにより何人でも利用できるサービスであれば、機器自体は1対1の紐付けがされていたとしても、送信の主体からみてその利用者は「公衆」に当たるとするのが最高裁の判断である（まねきTV事件最高裁判決）。
- 17) 奥邨（前掲注（2））も次のように指摘している。

「この問題〔ネットワーク型サービスを用いてユーザが複製を行う場合に、サービス提供者は規範的複製主体となり得るか〕を判断する際に、ロクラクⅡ事件最判を先導として用いる場合は、複製権侵害との関係で、ユーザの自由意思を捨象するような状況が存在するか否かという観点から『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』することになる」

「複製機器は提供しても複製対象はユーザ側が用意するような事案（例：ファイルログ事件やTVブレイク事件）については、ロクラクⅡ事件最判を先導とする限り、サービス提供者

の規範的な複製主体性を認めることにはならないだろう」(95-6頁)。

- 18) ただし、複製については著作権法の法文上「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」で使用する目的である必要がある(前掲注(8)参照)ため、この範囲を越えた使用が目的である場合には問題が発生する可能性があることは否定できない。また、「公衆の使用に供することを目的として設置された自動複製機器」を用いた複製は私的使用のための複製とは認められない。自動複製機器とは「複製の機能を有し、これに関する装置の全部又は主要な部分が自動化されている機器」である(法30条1項1号)。そこでいわゆるクラウド上のサーバーが公衆に向けて設置された自動複製機器であり、この機器への情報の「記録」が著作権法に違反する「複製」にあたるのではないかとの議論も存在する。現状はいわゆる両論併記の状態ではあるが(平成23年度文化庁委託事業「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」20頁(2011年)参照)、仮にこのような理解が肯定されるのであれば、もはや立法的解決以外の方法は存在しないように思われる。この場合の「記録」は著作権法上は複製であっても実態は単なる「保存」に過ぎず、法30条1項1号が想定する大量複製とは性格が異なるものだからである。類似事例の立法的解決の例としては、いわゆる検索エンジンにおけるスニペット提供などに付随する複製や自動公衆送信を許容する著作権法47条の6がある(平成21年法53号により追加)。
- 19) 東京地判平成19年5月25日判時1979号100頁。