

No. 117 (2008/11)

ネットワーク型 DVR システムの運営者が直接侵害責任を負うか否かが問われた米国事例
The Cartoon Network LP, LLLP v. CSC Holdings, Inc.[†]
536 F.3d 121 (2nd Cir. 2008)

奥邨 弘司[‡]

1 はじめに

デジタル・ネットワーク技術の進歩は、著作物を新たな形で利用することを可能とする。例えば、テレビ放送の録画を考えてみると、アナログ技術の場合は、1本のテープに録画できるのは2から6時間に過ぎず、また録画されたものの画質が放送のそれよりも劣化するのには仕方がないことであった。しかし、放送および録画にかかわる技術がデジタル化したことで、テレビ放送の録画とは、コンピュータによって映像音声データをハードディスク上に記録することとイコールになった。その結果、画質を優先しなければ1台の（ハードディスク内蔵）デジタル・ビデオ・レコーダー（DVR）に200～300時間分の番組を記録することが可能となり、一方で記録時間を優先させなければ、放送されたのと全く同じレベルの画質でハイビジョン番組を記録することも可能となった。また、DVRに搭載されたコンピュータの処理能力を活かすことで、ある番組を録画しながら既に録画済みの別の番組を再生したり、今録画中の番組について巻き戻しや一時停止を行ったりすることもできるようになった。

さらにネットワーク技術の進歩によって、高速な通信回線が安価に利用できるようになった結果、DVRのあり方さえも変化しようとしている。すなわち、録画する番組のデータを視聴者の手元にあるDVRの内蔵ハードディスクに記録するのではなくて、ネットワークで接続された離れた場所に存在する記録装置に記録し、必要に応じてネットワーク経由で再生等することが、技術的にも経済的にも容易に実現できるようになった。

このような、いわばネットワークを利用するDVR（以下、ネットワーク型DVR）システムは次々と登場しつつあるが、我が国では既に、ネットワーク型DVRに関連して著作

[†] 本件の地裁判決は、Twentieth Century Fox Film Corp. v. Cablevision Sys. Corp., 478 F. Supp. 2d 607 (S.D.N.Y. 2007) である。当事者名の表記が異なる点、注意が必要である。

[‡] 神奈川大学経営学部准教授

権侵害が問われた事件が複数存在し、各裁判例の解釈、その相互関係などについて様々な議論が行われている。

本件は、ネットワーク型 DVR システムの提供者が著作権侵害責任を問われた米国の事例である。地裁では被告に責任が認められた一方で、控訴裁では地裁の判断がことごとく覆され、全く逆の結論が導き出された。このような経緯からは、本件に米国著作権法上の興味深い論点が存在することが分かる。しかし、それだけでなく、事案の類似性を考えると、彼我の法制の違いを考慮しても、本件について示された裁判所の判断は、我が国での議論にとっても大いに参考に値するものと考ええる。

2 事案の概要

2-1 概要

ケーブルビジョン・システムズ社は、2006年3月、Remote-Storage DVR System と名付けられたネットワーク型 DVR システム(以下、RS-DVR)の市場投入を発表した。RS-DVR を利用することで、ケーブルビジョン・システムズ社の顧客は、家庭に DVR を保有しなくても、同社の施設内にある中央サーバーに放送番組を録画し、それを再生して視聴することができる。なお、同社は、RS-DVR システムを提供するに当たって、録画されることとなる番組の著作権者からライセンスは得ていない。

20世紀フォックス社、カートゥーン・ネットワーク社をはじめとする原告(以下まとめて、X)は、RS-DVR の運用が著作権を侵害することの確認とその発売の差止めを求めて、ケーブルビジョン・システムズ社とその親会社である CSC ホールディングを被告(以下まとめて、Y)として訴えた。これに対して、Y は、X の著作権を侵害していないことの確認を求める反訴を起こした。その後、両当事者は、サマリージャッジメントを求めた。

2-2 RS-DVR の仕組み¹

通常デジタルケーブルテレビ放送を受信するには、Set-Top Box (以下、STB) と呼ばれる装置が必要となる。STB はケーブルテレビ局から送られてきたビットストリームを、テレビ受像器に接続可能な形式にして出力する。

ケーブルテレビ放送のサービスは、①ベーシックチャンネル、②プレミアムチャンネル、③ビデオ・オン・デマンドの3種類に分類できるが、③の場合、視聴者が好きなときに好きな番組を視聴できるのに対して、①および②では、通常の地上波テレビ放送と同様に、個々の番組は、予め作成された番組表に従って、決められた放送時間に放送される。したがって、①および②の番組を番組表の時間とは異なる時間に視聴したい視聴者は、番組を録画することが必要となる。現在、多くのケーブルテレビ局は、STB 機能付き DVR を提供している。これは、STB と DVR が組み合わされた装置であり、番組は、DVR に内蔵されたハードディスクに記録される。

本件で問題となった RS-DVR はネットワーク型 DVR の一種であり、内蔵ハードディスクに番組を記録する通常の DVR とは異なり、番組は Y の施設内にある中央サーバーに記録される。

¹ RS-DVR の仕組みについては、本件地裁判決が詳細であり、また本件控訴裁判決の認定するところとも齟齬がないため、主として前者に則って、その仕組みを示すこととした。

RS-DVR は大きく分けて5つの装置等から構成されている。すなわち、①RS-DVR のユーザー（以下、ユーザー）が利用するリモコン（通常の STB 機能付き DVR 用のリモコンと同様のもの）、②オンスクリーンメニューおよび番組表（通常のデジタルケーブルテレビ放送のユーザーに提供されるのと同様のもの）、③ユーザーの家庭に設置される STB、④ネットワーク回線等の通信装置、⑤Y の送信施設に設置されるコンピュータのハードおよびソフト、である。

Y の施設内での各種装置の働きを詳しく見ると次のようになる。

通常 Y は、デジタルケーブルテレビの視聴者に向けて、複数の番組のデジタルデータを混合してビットストリームとして送出している。このビットストリームは分割されて、RS-DVR を構成する BMR と呼ばれる装置のバッファに記録され（1.2 秒分）、その後番組毎のデジタルデータに変換され、Arroyo サーバーと名付けられた装置に入力される。Arroyo サーバーは、RS-DVR の中心的な装置であり、番組の記録・再生を司る。1 台のサーバーは 96 人のユーザーを担当している。

ユーザーがリモコンを利用して STB に番組の録画（予約録画を含む）を指示すると、その指示は ADS サーバーに伝達される。ADS サーバーは、当該ユーザーに番組を録画する権限があるか否かや、番組を録画するための十分なハードディスク容量があるかをチェックし、問題がなければ、OPRD と呼ばれるサーバー等とやりとりして、録画される番組毎の Asset ID を入手し、Vitria サーバーに録画要求を引き継ぐ。Vitria サーバーは全ての録画要求を一括管理し、Arroyo サーバーに録画の指示を行う。

Arroyo サーバーは、録画の指示がなくても、BMR から入力される全てのビットストリームに関して3フレーム分のバッファ（第1取り込みバッファ）に記録しており²、Vitria サーバーから録画指示を受けた場合、第1取り込みバッファのデータが第2取り込みバッファにコピーされる。第2取り込みバッファに番組全部のコピーが作成された後、ハードディスクに書き込みが行われる。なお、第2入力バッファとハードディスクの記録領域とは、ユーザー毎に用意されるため³、例えば同じ番組を1000人のユーザーが録画指示した場合、1000のコピーができることになる。

ユーザーがリモコンを使って再生を指示した場合、その指示は STB を通じて、再生過程を制御する eSRM サーバーに伝えられる。eSRM サーバーは、RS-DVR の他の装置にメッセージを送り、再生指示が有効か、録画済み番組がどこに存在するか、ビットストリーム中に再生を要求された番組を送出するためのスペースが存在するかを確認する。その後 Arroyo サーバーは、顧客に割り当てられたハードディスク領域から記録された番組の複製物を探しだし、ストリーミング・バッファに読み出し、再生を指示した顧客向けのビットストリームを司る Ciena スイッチという装置に送出する。

ビットストリームは、顧客が属するノードに参加する全ての家庭に届くが、暗号化されているため、再生を指示した顧客の STB のみがそれを復号して視聴することができる。なお、再生が始まるとユーザーは巻き戻し等のトリックプレイが可能となるが、それを実現するために RS-DVR は2秒相当の映像データをバッファメモリに記録する。

² 判決によれば、3フレーム分は、時間にすれば10分の1秒分に相当する。

³ 視聴者に割り当てられるハードディスク容量は、当初80メガバイトが予定されていたが、後に160メガバイトとされた。なお、Y は、別料金で、割り当てハードディスク容量を増やすことも検討していた。

2-3 本件地裁判決までの経緯

本件は、20世紀フォックス社等が原告の訴訟（2006年3月24日提訴）とカートゥーン・ネットワーク社等が原告の訴訟（2006年3月26日提訴）の2つからなり、被告はいずれもYである。

なお決定によって、Xは著作権の直接侵害のみを主張し、Yはフェアユースの抗弁を持ち出さないことに同意した。また、Yは訴訟係属中、RS-DVRを市場投入しないことを約した。

限定的なディスカバリーが行われた後、両当事者は共に、サマリージャッジメントを申し立てた。

2-4 本件地裁判決の概要

地裁においてXは、（1）データをバッファすることによって、Yは複製権を直接的に侵害している、（2）Arroyoサーバー上に番組を複製することによって、Yは複製権を直接的に侵害している、そして（3）RS-DVRのユーザーの再生指示に応じて、Arroyoサーバーから当該ユーザーに対してデータを送信することで、Yは公の実演権を直接的に侵害している、という3つの主張を行った。地裁は、Xの3つの主張を全て認めて、Xに対してサマリージャッジメントを与えた上で、著作権者であるXからライセンスを得ることなく、RS-DVRを運営することを禁止した。地裁の判断を順に紹介すると次のようになる。

まず、「バッファされるデータに関して、Yは、①データは『固定されている』とはいえず、故に著作権法で定義される『複製物』ではない、また②バッファにはデータの極めて一部分が極短時間保存されるだけなので、裁判の対象とならないような些事である、と主張したが、地裁はそれらを否定した。」

次に、Arroyoサーバー上に再生用複製物を作り出すことで、Yが直接侵害責任を負うか否かについては、そのような複製物を作成したのは誰かという問題として争われた。地裁は、「Yが、録画可能となるコンテンツに『自由な裁量』を有していたこと、RS-DVRを構成する装置の所有権を有しそれを維持していること、RS-DVRのユーザーとの『継続的な関係』を有していること、を重視して、『RS-DVRのArroyoサーバーに対する番組の複製は、ユーザーのリクエストによるものだとしても、ユーザーではなくてYによって行われたものである』と結論づけた。」

最後に、公の実演権侵害に関して、Yは、著作物を実演したのはYではなくて、ユーザーであると主張し、また「そのような再生送信は、『番組の複製物であって、特定のユーザーのSTBに特異的に結び付けられ、かつ家庭内でのユーザーによる排他的な視聴を意図された、特定の複製物から生み出されたものである』ので、『公衆に対する』ものではなく、故に、著作権法の定義する公の実演には当たらないとも主張した。」この点地裁は、前者の主張に関して、先に複製権侵害を否定したのと同様の論理で否定した。次に、後者の主張に関しては、「Yは公衆の構成員——リアルタイムで番組を視聴するか、RS-DVRの再生として後で見るのかにかかわらず、当該実演を異なる時間に受信可能な者達——に対して、同一の番組を送信している」として、否定した。また、「公衆に対する」ものであることを否定する理由として、地裁は、送信者と受信者の関係が商業的であることもあげた。

判決を不服としたYが控訴した。

3 控訴裁判決の要旨

3-1 データのバッファリングは複製に当たるか

Y は、ユーザーからの録画要求がなくても、コンテンツの一部を BMR バッファや第 1 取り込みバッファに蓄積するが、このようなバッファリングは、著作権法上の複製に該当するのだろうか。この点、控訴裁は次のように判示して、複製には該当しないと示した。

「著作権法に定義される『複製物』とは、『著作物が何らかの手段によって固定され・・・そこから著作物が・・・複製され得るような・・・有形物』〔§ 101〕のことである。著作権法はまた、著作物は『その具現化が・・・一時的な期間よりも長い間存在し・・・複製される・・・ことを可能とする程度に、十分に永続的かつ安定的であるとき、表現の有形的媒体に<固定される>』と定義している。この文言は、明らかに、2つの異なる、それでいて関連する要件を課しているものと考えられる：まず、著作物が媒体に固定されなければならないこと、すなわち、当該媒体から覚知または複製等され得る程度、媒体上に存在すること（『具現化要件』）。そして、『一時的な期間よりも長い間』具現化されたままでなければならないこと（『持続要件』）。両要件が満足されなければ、バッファに著作物が固定されたことにならず、結果として、バッファされたデータは、データがバッファされたオリジナルの著作物の『複製物』とはならない。

地裁は、その分析を主として具現化要件に限定した点で、誤りを犯した。」

地裁は、具現化要件に限定した分析を行うについて、コンピュータの保守業者がプログラムを RAM へローディングしたことを複製であると判断した MAI Systems Corp. v. Peak Computer Inc., 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993)をはじめとする一連の判決に依拠した。しかし、そのような依拠は誤りである。

「一般に、これらの判決は、問題とされた複製が固定に当たることを、持続要件に言及することなく結論づけた。しかしながら、当然のこととして、これらの判決は、そのような要件が存在しないことを推測しているわけでも、ましてや明らかにしたわけでもない。事実、持続要件それ自体は、MAI Systems 事件判決やその後継判決において争点ではなかった。結果として、それらの判決は、我々が直面する問題について言及していない：すなわち、もし、著作物が一時的な期間の間、媒体に『具現化されている』のみであれば、それは当該媒体に『固定される』ことができるのか、そして複製物たり得るのか。『一時的な期間よりも長い』間とは何か。」

「これらの判決では、プログラムは、少なくとも数分間は RAM 上に具現化されていたと推測するのがフェアだろう。」

MAI Systems 事件判決およびその後継判決は「単に、プログラムの RAM へのロードは、具現化要件を満たすこと——それ自体重要な判示ではあるが——を明らかにしただけに過ぎず、それについて、ここでけちを付ける理由はない。」

地裁は、複製に当たるか否かの分析を、具現化要件に絞るにあたって、著作権局の 2001 年 DMCA 報告書に依拠したことも明らかにしている。同報告書は「『固定』の定義に持続要件が含まれないと明言しているわけではないが、『複製されたり、覚知

されたり、伝達されたりすることができないほど、はかない状態の複製物として現れない限り』具現化は固定されたことになる、と示唆している。……著作権局によれば、どの程度の期間であっても、著作物が当該媒体から複製され得るなら、両質問（筆者注：具現化要件を満たすか、持続要件を満たすかという2つの問い）に対する答えは『イエス』となる。このような解釈の問題は、条文上の『持続要件』に関する文言を読み飛ばしてしまっていることである。」

「著作権局の解釈は、議会が、裁判所によって無視されることを意図するような文言を何故定義中に含めたのかについて説明できていないので、我々に対して説得力を持ち得ない。」

「では、本件において、バッファデータに関して、これらの要件（筆者注：具現化要件と持続要件）は満たされているといえるかについて検討する。」

「BMR バッファ中のデータは、フォーマットが組み替えられ、RS-DVR システムの他の構成部分に送信される。第1 取り込みバッファ中のデータは、ユーザーが当該データの録画を要求すれば、Arroyo ハードディスク上に複製され得る。故に、両バッファにおける著作物の『具現化』は『覚知され、複製され』（取り込みバッファの場合）『または、その他伝達される』（BMR バッファの場合）『ことを可能とする程度に、十分に永続的かつ安定的である。⁴』」この点については、Y も深刻には争っていない。

「次に、そのような具現化は『一時的な期間よりも長い間』存在するか？ いずれのデータの1 ビットでさえも、1.2 秒というつかの間の期間よりも長い間バッファ中に存在することはない。MAI Systems 事件の場合と異なり——同事件の場合、コンピュータの RAM 上に具現化されたデータは、ユーザーがコンピュータの電源を切るまで存在し続けた——、本件の場合のデータは、処理されると、迅速かつ自動的に上書きされてしまう。我々の問いは、必然的に事実特異的なものであり、ここで開陳されていない他の要素が持続性の分析を大いに変更してしまう可能性もあるが、これらの事実は、本件の著作物が、バッファ中に『一時的な』期間のみ具現化され、故に持続要件を満たさないことを強力に示唆する。」

3-2 再生用複製物の作成に関する直接責任

RS-DVR のユーザーが、録画する番組を選択し、当該番組が放送された後には、当該番組——著作物である——の複製物が、著作権者の許諾がないままに、Y の Arroyo サーバーのハードディスク上に作成されることになるが、この複製物は誰が作成したことになるのか。侵害行為の行為者は誰か。すなわち、「もし、Y が行為者なら、X の主張する直接侵害責任論が成功したことになる。一方で、ユーザーが行為者なら、Y は、最大でも、二次的侵害責任——なお、二次的侵害責任論については、X によって明示的に放棄されている——に直面するだけであり、X の直接侵害責任論は失敗したことになる。」この点、控訴

⁴ なお、判決は、番組の1 秒分のみが独立して複製される場合、番組全体としての具現化と言うよりも、番組のわずかの部分の具現化に過ぎないから、結論が変わってくるかもしれないと示唆する。しかし、本件の場合、瞬間瞬間を見れば、1 秒分の複製であるが、最終的には、番組の全てが複製される以上、番組全体の具現化と考えられるとしている。

裁は次のように判示して、行為者を Y ではなくて、ユーザーであるとした。

直接侵害責任と寄与侵害責任との境界を論じる判決として、*Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communications Services*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995) 事件があげられる。同事件では、ユーザーが投稿した著作物を自らのコンピュータ上で自動的に複製することになるインターネットサービスプロバイダ (ISP) が被告となったが、同事件の「地裁は、『著作権は厳格責任であるが、それでもそこには、意思の力または因果関係の要素が幾ばくかは存在しなければならない。Y のシステムが、単に第三者によるコピーの作成のために使用される場合、そういった要素に欠けていると言える』との理由を述べて、ISP に直接責任を課すことを拒否した。最近、第 4 巡回区控訴裁判所は、以下のように判示して、Netcom 事件判決を是認した。

(著作権) 法の下で、直接責任を立証するには、単に、違法な複製物を作成するために他人によって利用された機械の所有者であるということ以上になにかしらが示されなければならない。違法な複製に対して、十分に密接かつ原因となり得、機械の所有者自身が著作権者の排他的な領域に不法侵入したと結論づけることができる程度の結びつきのある現実の侵害行為が存在しなければならない。」

「本件で、地裁は、Netcom 事件判決およびその後継判決が到達した結論を、『インターネットの特異な属性を前提とするものである』と分類した。……第 4 巡回区控訴裁判所がそうであったように、我々も『Netcom 事件判決が便宜主義によって引き出されたものであり、その判示内容は著作権の確立された法に合致しない』という主張を拒絶し、同判決は、ISP にのみ当てはまる特定目的向けのルールであるというよりもむしろ、『とりわけ理性をわきまえた解釈である』と理解する。

侵害が問題となっている複製行為を行った者が誰かについての争いがある場合、Netcom 判決とその後継判決によれば、作成される複製を生じさせる、意思ある行為に注意を向けるべきということになる。本件に存在する意思ある行為は 2 つのみである：複製物を生み出すためにのみ存在するシステムを設計し、ハウジングし、維持している Y の行為と、特定の番組の複製を生み出すようシステムに命じるユーザーの行為、の 2 つである。VCR の場合、VCR の操作者、すなわち録画のためにボタンを実際に押す者が、十分な意思の要素を提供するのであり、機械の製造者や、保守者、(操作者から区別できるのであれば) 所有者はそうではない、というのは明らかであり、それとは異なる判示をする判決が存在するとは認識していない。ユーザーの指示によって自動的に作成される複製物に関して、第三者に直接侵害者としての責任を課す上で、RS-DVR のユーザーと VCR のユーザーを十分に区別できるとは思えない。

地裁は、複製が、RS-DVR システムの機能にとって、『付随的』というよりはむしろ『手段的』であるという事実を強調する。それによって、Netcom 事件や *CoStar Group, Inc. v. LoopNet, Inc.*, 373 D.3d 544 (4th Cir. 2004) 事件における ISP と RS-DVR とを区別することはできるが、VCR や、コピー機、さらには典型的なコピーショップとさえ、RS-DVR を区別することにならない。自らの施設で、コピー機を公衆に利用可能としているに過ぎず、それ以上のない会社は、ユーザーが当該コピー機を使って作成した複製物に関して、直接侵害責任を負うことはないという点に、両当事者とも疑念を示しているわけではない。両当事者が争っているのは、Y も、そのような所有者の立場に立つか否かとい

う点に過ぎない。」

地裁は、*Princeton Univ. Press v. Mich. Document Servs.*, 99 F.3d 1381 (6th Cir.1996) (en banc) 事件を踏まえて、大学の教授の指示を受け、資料をコピーしてコースパックを作成した、同事件のコピーショップと Y が類似すると判断した。しかし「誰が実際にコピーを『作成した』かを決定する上では、人間である従業員に依頼すること（依頼を受けた従業員は、コピーを作成するために、複製システムを、意思を持って操作することになる）と、システムに直接的にコマンドを発すること（コマンドを受けたシステムは、自動的にコマンドに従い、意思的な行為には従事しない）との間には、明らかな差が存在する。*Princeton* 事件において、被告はコピー機を操作し、当該装置を利用して作成した商品を販売していた。……本件で、コマンドに基づき、自動的にコピーを生み出すシステムへのアクセスを販売している Y は、自らの施設内のコピー機を、利用料をとってユーザーに使わせているコピーショップの店主と、大いに類似している。そして、それ以上がない場合に、実際にはユーザーが機械を操作しているのに、店主がコピーを『作成』しているというのは、正しくないだろう。」

地裁は、RS-DVR で録画可能な番組を選ぶ上で、Y が自由裁量を有していたことに重きを置いている。「確かにこの行為は、ISP の運営や、コピーショップの開設などに比べれば——それらの場合、コピーされるコンテンツは全て、ユーザー自身または第三者によって提供されるものである——違法コピーの作成により近いものである。……Y が、（筆者注：RS-DVR 以外にも）家庭用 VCR や Tivo のような DVR を使用するユーザーを有し、それらのユーザーによって録画されるコンテンツに大いにコントロールを及ぼしていることは認識している。しかし、このコントロールはユーザーにどのチャンネルを利用可能とするかに限られ、番組それ自身に関するものではない。Y は、特定のチャンネルでどの番組が利用可能となるかや、いつ放送されるかについては、全くコントロールを及ぼしていない。この点、Y は録画可能なコンテンツについて、VOD の場合と比べて——その場合、Y は視聴可能とする特定の番組を、積極的に選び、あらかじめ利用可能としている——はるかに弱いコントロールを有しているに過ぎない。」

以上から、RS-DVR システムで複製を行っている主体を、ユーザーではなくて Y であるとした本件地裁判決は誤っているといえる。

もっとも、直接侵害責任を狭く解しても、寄与責任の原則が、適切な保護を与えてくれるであろう。「地裁が見いだした多くの事実関係、Y と RS-DVR ユーザーとの『継続的な関係』、録画可能なコンテンツに対するコントロール、RS-DVR システムにとっての複製物の『手段性』などは、寄与責任の問題により関係するように思える。……ソニー事件において最高裁は、他人による侵害的使用を『コントロールする立場』にある者に——直接侵害者としてではなくて、寄与侵害者として——責任を課すことが『正当』と考えた。」同事件最高裁判決も指摘するように、直接侵害、寄与侵害、代位責任の間の区別を付けることは容易ではないが、だからといって必要な場合に、その区別を避けることはできない。地裁は、Y による RS-DVR の運営が、他人による複製に貢献するところ大であるが故に、Y 自身が複製しているといえると結論づけた。その点について的一般論を議論することは一旦横に置いて、本件の事実関係に照らす限り、「RS-DVR システムによって生み出される複製は RS-DVR のユーザーによって『作成される』のであり、Y がシステムを提供することにより、当該複製に寄与していることで、直接責任を負う

ものとは思われない。」

3-3 RS-DVRによる再生の送信

著作権「法は、『映画および他の視聴覚著作物の場合、当該著作物を公に演じる』排他的権利を有している旨定めている。」また、著作権法の定義規定によれば、

「著作物を『公に』実演または展示するというのは、①公衆に開かれた場所または、家族や家族の社会的な知己の通常の集まりを超えた、かなりの数の人間が集まった場所で、著作物を実演または展示すること、または②当該著作物の実演または展示を、①にあげた場所または公衆に向けて、送信またはその他の伝達を行うこと、である。なお、そのような送信または伝達は、いかなる装置または手段によることも可能であり、実演または展示を受け取ることが可能な公衆の構成員が、当該実演または展示を、同じ場所で受け取るか、離れた場所で受け取るか、さらには同時に受け取るか、異時に受け取るか、は関係がない。」

とされている。このうち、本件では、②の「送信条項」が問題となる。

RS-DVRによる再生が、Arroyo サーバーからユーザーのテレビ受信機に対する送信であることは明らかであるため、Yはその点は争わず、(1) Yではなくて、RS-DVRのユーザーが送信を行い、故に実演を行っていること、そして(2)前記送信が、送信条項の定める「公衆への」送信には当たらないこと、を主張し争っている。

この点、控訴裁は、複製と公の実演との定義の違いなどもあり、複製の問題でユーザーを主体と結論付けたからといって、Yの最初の主張(送信はユーザが行った、と言う主張)に関して、複製の時に倣った結論を出さなければならないわけではない、との判断を示す一方で、「RS-DVRの再生が生じた場合に、Yが送信を行ったと仮定しても、ここで述べるように、RS-DVRの再生は、実演の『公衆への』送信を含まないので、Yの最初の主張についてさらに言及する必要はない」との判断を示した。その上で、控訴裁は、以下のよう、Yの第二の主張について詳しく判断を行った。

法の定義に照らせば、「送信が公衆に対してなされたか否かを検討する上では、送信される実演を『受け取ることが可能である』のが誰かを定めることが適切である」といえる。「法が『送信を受信可能』という代わりに、『実演を受け取ることが可能』と言っている事実は、実演の送信それ自体が実演であるという事実を強調する。」

「送信条項が我々に、実演の特定の送信を『受け取ることが可能』なのが誰かを正確に検討することを求めているのは明らかである。各RS-DVRの送信は、著作物の単一の特別の複製物を利用して、個々のユーザーによって作成され、当該ユーザーのケーブルテレビ受信機によってのみ解読可能なものである、あるユーザーのみが、特定のRS-DVRの送信を受信することが可能である、とYは主張する。この主張は、上記のように、問題となっている送信の潜在的な受信者を考慮することを求める送信条項の文言に合致する。」

地裁は「『Yは同じ番組を公衆の構成員——当該番組をリアルタイムで見るか、それともRS-DVRの再生として後で見るか次第で、異なる時間に実演を受け取ることができる——に対して送信する』ので、RS-DVRの再生は公の実演となると判断した。つまり送信が『公衆に対する』ものか否かを考える上で、特定の送信の潜在的な受信者を考慮

するのではなくて、そのコンテンツが送信される、基となった著作物（例：番組）の潜在的な受け取り者を考慮することを、地裁は求めているのである。

しかし、地裁のこのアプローチを送信条項の文言と調和させることはできない。送信条項は、特定の『送信』または『実演』を受け取り可能な人々と言っているのであり、特定の『著作物』の潜在的な受け取り者とは言っていないからである。」しかも、「全ての著作権のある視聴覚著作物にとって、潜在的な受け取り者は、一般公衆であることは疑いがない。したがって、地裁の解釈によれば、著作権のある著作物のコンテンツのいかなる送信も公の実演に当たることになってしまう。しかし、送信条項は明らかに、公でない送信の存在を予期している。もし、そうでないのなら、議会は、送信条項を『実演』で止めてしまえば（筆者注：公の実演ではなくて、単なる実演とすれば）良かったのである。」

X は、控訴審において「リアルタイムのケーブル放送経路と RS-DVR 経路の両方で、Y は特定の著作物の『同一の実演』を実際に送信している：すなわち、Y にコンテンツを提供している番組サービスが、当該コンテンツを Y だけでなく他のライセンスにも送信している場合、それが著作物の実演となる」旨を主張した。つまり、「X によれば、議会は、著作物を公に実演するという文言で、実演を公衆に送信することを意味するとき、議会は、本当は『＜オリジナルの実演＞を公衆に送信する』ことを意味していたこととなる。この論理によれば、実演の特定の送信が『公衆に対する』ものか否かを判断するために、当該送信の潜在的な受信者だけでなく、基となっている同じ『オリジナル』の実演の送信全ての潜在的な受信者をも考慮することが必要となる。」「地裁の見解同様に、この見解も、純粋に私的な送信の可能性を取り除いてしまう」ものであって妥当ではない。

まとめると「特定の送信が『公衆に対する』ものであるか否かを決定するためには、責任を問われている侵害者による特定の送信の潜在的な受信者を検討しなければならない。そして、RS-DVR のシステムは、デザインされたとおり、あるユーザーによって作成された複製物を利用して、そのユーザーに対する送信を作成するのみなので、RS-DVR の特定の送信を受信できる人々の範囲というのは、単一のユーザー——当該送信は、そのユーザーの作成した複製物を基に作成される——だけである。」

視聴覚著作物は、複製物なくして送信できない。そのため、視聴覚著作物の送信の場合、「複製権が、公の実演権を強化し、そして保護してくれる。著作権者が、自らの著作物の実演の特定の送信によって害されたと考える場合、侵害的な送信に対する救済を求めるだけでなく、当該送信を助長した基となる複製についてもまた救済を求めることができる。この文脈における、様々な権利の間の相互作用を考えれば、複製物 A を用いて生み出された送信と、複製物 B を用いて生み出された送信とを区別することは、著作権法に完全に合致するものであろう。……送信者が誰か、そして送信の基となった素材が何かという、2つの要素は、本件における送信の潜在的な受信者を限定するが、それ故に、当該送信が『公衆に対する』ものかを判断する上で適切である。」

地裁および X は、顧客が選んだビデオを、店員がカウンター奥の集中再生装置で再生して、顧客のいるブースのテレビに送信するような形態の店舗を営業していた被告が公の実演権侵害になるかが問題となった *Columbia Pictures Industries, Inc. v. Redd Home, Inc.*, 749 F.2d 154 (3d Cir. 1984) 事件判決を引用する。同事件で、第3巡回区控訴裁判所は、

同一の複製物の再生を、次々と顧客に見せていたことから、送信条項違反と結論づけた。しかし、同一の複製物を、次々と顧客に見せていた Redd 事件と本件とは明らかに事実関係が異なり、同事件への依拠は誤りである。

また、地裁は、On Command Video Corp. v. Columbia Pictures Industries, 777 F. Supp. 787 (N.D. Cal. 1991) 判決に依拠して、送信者と受信者の関係が商業的であることを理由として、送信が「公衆に対する」ものであるとしたが、このような解釈は著作権法の条文を書き換えるようなものであり、支持できない。

「RS-DVR の再生の送信一つ一つは、単一のユーザーによって生み出された、単一かつ特定の複製物を基に、当該ユーザーに対して行われるものであるから、そのような送信は『公衆に対する』実演には当たらない。故に、公の実演に関する排他的権利を侵害するものではないと、我々は結論づける。」

「この結論は、各コンテンツ毎に複製物を作成し、ネットワークの各ユーザーに対して特定の複製物を結び付けることによって、またはそのユーザーに自身の個別の複製物を作成する能力を与えることによって、コンテンツ配信ネットワークが、全ての著作権に関する責任を回避することを、一般的に許容するものではないことを、強調しておきたい。そのようなネットワークの運営者が、他の形式の著作権に関する責任——例えば、無許諾複製の責任や寄与侵害の責任——を免れうるかどうかについて言及はしない。

結論として、Y が計画している RS-DVR システムは、X の著作権のある著作物の複製や公の実演に関する排他的権利を直接的に侵害するものではないことを、争いのない事実に基づいて認めるので、両権利に関して、Y に有利なサマリージャッジメントを与える。」

「以上から、X にサマリージャッジメントを与えた本件地裁判決を覆し、Y に対する差止めも無効とする。本判決に適合する形での更なる手続きを進めるため、差し戻す。」

4 考察

4-1 争点

本件では、①データのバッファリングは複製にあたるか、②システムのハードディスク上に番組の録画（複製）をしている主体は誰か、③システム上の録画済み番組を再生することは公の実演に当たるか、の3つが争点となった。この内、①と②はいずれも複製権に関するものであり、③は公の実演権に関するものである。以下、順に検討していきたい。

4-2 争点①について

コンピュータプログラムが著作権で保護され始めた当初、プログラムをコンピュータにローディングすることが、著作権法上の複製に当たるか否かが議論された⁵。その背景には、プログラムの使用自体には著作権が及ばないところ、使用に必然的に伴うローディングに著作権を及ぼすことで、いわば間接的に使用をコントロールしようとする狙いがあったも

⁵ 一時的複製の問題について詳しく述べるものとして、例えば、野一色勲「コンピュータにおける複製」著作権研究第16号（1989）68頁以下、塩澤一洋「「一時的蓄積」における複製行為の存在と複製物の生成」法学政治学論究第43号（1999）213頁以下、齊藤浩貴「「一時的蓄積」と複製に関する実際の考察」半田正夫先生古稀記念論集『著作権法と民法の現代的課題』（法学書院・2003）232頁以下等がある。

のと考えられる⁶。当時、ほとんどのパーソナルコンピュータにはハードディスクが装備されておらず、プログラムはソフトハウスからフロッピーディスクの形式で提供されていた。ユーザーは、使用する都度、プログラムをフロッピーディスクからパソコンの本体メモリ（RAM）に読み込み、すなわちローディングしていた。もし、ローディングが複製であるならば、ユーザーは使用のたびに複製を行っていることになるから、その点を許諾する条件として、ユーザーに種々の使用制限を約束させることが可能となる。一方、ローディングが複製でないとすると、使用に当たって、ユーザーは著作権の対象となる行為を一切行っていないことになり、ユーザーに使用制限を課すきっかけが失われてしまう。この点、現在とは事情が異なる⁷。

RAM へのローディングが複製に当たるか否かという問題に、1つの結論を示した重要な判決が、本件控訴裁判決も引用する MAI Systems 事件控訴裁判決である。同判決は、RAM へのローディングを著作権法上如何に評価するかについて、

「ソフトウェアを RAM にコピーすることが著作権法上の『複製物』を生み出すことになること、特に言及している判決を見いだすことはできない。しかしながら、ソフトウェアをコンピュータにローディングすることが著作権法上の複製物の作成に当たることは、一般に受け入れられてきた。（例えば、Vault Corp. v. Quaid Software Ltd., 847 F.2d 255, 260 (5th Cir. 1988)『プログラムを、ストレージメディアからコンピュータのメモリにローディングする行為は、プログラムの複製物を作成する』）（2 Nimmer on Copyright, § 8.08 at 8-105 (1983)『コンピュータプログラムのインプットは、複製物の作成を必然的に伴う』）（著作物の新技術による利用に関する全国委員会最終報告書 13 頁（1978）『コンピュータに著作物を蔵置することは複製物の作成⁸である』）これらの典拠には、幾分混乱があることは認識している。蓋し、これらは、ソフトウェアがロードされる先が、RAM か、ハードディスクか、ROM に関わりなく、複製物が作り出されることになるとまで明言しているわけではないからである。しかしながら、RAM 上に作り出される複製物は、「覚知、複製、またはその他伝達」可能なものであると考えるので、ソフトウェアの RAM へのローディングは、著作権法 101 条に言う複製物を生み出すこととなると判断する。」

と判示した。この判決をローディングケースとして、以降、RAM への記録は複製と解されるようになったのである。そして、そのような解釈の1つの典型が、本件地裁判決が依拠する著作権局の DMCA レポートであったといえよう。

しかし、改めて読み返すと、MAI Systems 事件控訴裁判決は、プログラムの RAM へのロー

⁶ MAI Systems 事件でも、RAM へのローディングを複製権侵害と捉えることで、被告（Peak 社）が、MAI Systems 社のソフトウェアを使用することを止めさせようとした。

⁷ 現在なら、パソコンがハードディスク等の外部記録装置を備えるのは当然であり、プログラムの使用に先立って、CD-ROM または DVD-ROM の形で提供されるプログラムを、ハードディスク等にインストール、すなわち記録することが当然となっている。インストールされたプログラムは、アンインストールしない限りは、ハードディスク上に存在し続け、その点、プログラムを使用するかしないかには関わらない。そして、インストールが複製であることに異論はないから、プログラムの著作権者としては、インストール（すなわち複製）の許諾条件として、使用に関する制限を課す余地が出てくる。

⁸ 英文で“preparation”となっているところを「作成」と訳したのは、野一色・前掲注 5）81 頁の指摘を参考とした。

ディングについて判示しているのであって、著作物一般の RAM への記録を扱っているわけではない。プログラムの RAM へのローディングが著作物の RAM への記録の一種であることは間違いないが、確かに、著作物の RAM への記録の全てがプログラムの RAM へのローディングと同一ではない。RAM にローディングされたプログラムは、当該プログラムが利用され続ける間ずっと RAM 上に存在し続けるのに対して、RAM 上への記録の中には、もっと短い時間しか、RAM 上に存在しないものもある。

この違いを、正面から指摘し、本件と MAI Systems 事件とでは事実関係に差があると指摘したのが、本件控訴裁判決であった。すなわち、著作権法上、固定といえるためには、具現化要件と持続要件を満たす必要があるところ、MAI Systems 事件においては——プログラムが利用され続ける限り、当該プログラムは RAM 上に記録された状態である以上（この点、本件控訴裁判決は、「少なくとも数分間」は存在したであろうとしている）——持続要件が満たされることは明らかであるため、MAI Systems 事件控訴裁判決は、敢えてその点について言及せず、具現化要件についてのみ判断しているに過ぎない。したがって、同判決をもって、RAM への記録の場合には、持続要件について検討する必要がないと判示したものだと解することは誤りだと結論づけたわけである。そして、本件の場合、バッファリングされたデータは、RAM 上に、最大でも 1.2 秒しか存在せず、自動的に次々と書き換えられていく運命にあったことを指摘して、そのようなバッファリングは、著作権法上の複製に当たらないと、本件控訴裁判決は判断したのである。

著作権局の解釈のように、具現化要件が満たされれば、持続要件も満たされることになるとする見解まで存在した中で、それを明確に否定し、持続要件について改めてスポットを当てた本件控訴裁判決のインパクトは大きい。条文の文言との整合性、事実関係の区分けの論理性、MAI Systems 事件控訴裁判決自身を覆したわけではないこと⁹、などを考えあわせると、本件控訴裁判決が示した枠組みには、一定の説得力がある。とは言え、（事案の切り分けと言う形式ではあるものの）従来の通説的解釈に方向転換を迫るものであるだけに、本件控訴裁判決が支持を集めていくかどうかは、今後注視が必要であろう。

もっとも、仮に本件控訴裁判決を支持するとしても、それをもって、ローディング以外の RAM への記録はいかなる場合も複製には当たらないとか、バッファリングは複製ではないとか、1.2 秒までの記録ならば複製権侵害の問題は生じない、などと結論づけるのは早計である。蓋し、本件控訴裁判決自身が、自らをして「必然的に事実特異的なもの」と性格付けているように、RS-DVR におけるバッファリングが複製ではないとされたのは、大いに事実関係によるからである。つまり、本件控訴裁判決によっても、どのような場合なら RAM への記録が複製にならないのかについて、絶対的な判断基準が示されたわけではなく、単に RAM への記録の内には、複製とは概念できないものがあることが明らかになったに過ぎない点は留意が必要である。

4-2 争点②について

我が国のように、侵害への関与者の一部を規範的な観点から侵害者と同視するような工

⁹ 本件控訴裁判決は、MAI Systems 事件控訴裁判決自身を覆したのではなくて、それを拡張的に捉える解釈を否定するものである。その意味で、MAI Systems 事件控訴裁判決の射程を制限したと言うよりも、それを本来あるべき範囲に戻したに過ぎないとも捉えられる。

夫が必要のない米国においては¹⁰、直接侵害と二次的侵害の境界は比較的明確である。すなわち、著作物を直接（＝物理的に）利用している者が直接侵害者たり得、侵害行為に何らかの関係はしているものの、著作物を直接利用していない者は、二次的侵害者として責任を問われ得るに過ぎない。ただ、米国においても、インターネット上のサーバーに、ユーザーがアップロードして公開した著作物について、当該サーバーをユーザーに利用させている業者が直接侵害責任を負うのか、それとも二次的侵害責任の一種である寄与侵害責任を負うに留まるかの議論は存在した。蓋し、米国において、著作権の直接侵害は厳格責任であるため、過失の有無を問題とせず損害賠償責任が発生する一方で、寄与侵害責任が発生するためには、直接侵害の存在を認識している必要があり、認識がなければ責任を負わないからである¹¹。この問題については、Netcom 事件判決以降、サーバー提供者の責任は、直接侵害責任ではないと解されるようになっていた。

本件の Y の状況は、サーバー提供者のそれに類似するから、従来の流れを踏まえれば、Y に関して直接侵害責任が議論されるのは違和感がある。しかし、本件において、X は Y について二次的侵害責任を追及することを放棄したため、Y が直接侵害責任を負うか否かが争点となる、特殊な経緯をたどることとなった。

この点地裁は、「**2-4 地裁判決の概要**」で見たように「Y が、録画可能となるコンテンツに『自由な裁量』を有していたこと、RS-DVR を構成する装置の所有権を有しそれを維持していること、RS-DVR のユーザーとの『継続的な関係』を有していること、を重視して、『RS-DVR の Arroyo サーバーに対する番組の複製は、ユーザーの要求によるものだとしても、ユーザーではなくて Y によって行われたものである』と結論づけた。」つまり、地裁は、我が国のいわゆるカラオケ法理にも通じるような論理で、Y を直接侵害者と判断したわけである。そして、この部分が、種々の批判を浴びることとなった¹²。

この地裁の判断を否定したのが本件控訴裁判決である。控訴裁は、「侵害が問題となっている複製行為を行った者が誰かについての争いがある場合……作成される複製を生じさせる、意思ある行為に注意を向けるべき」であるとした上で、本件における「意思ある行為」（①RS-DVR システムを設計・運営している Y の行為と②番組を複製するよう RS-DVR システムに命じるユーザーの行為）の内、複製の作成に向けられたものは、②のユーザーの行為であるから、複製行為を行ったのはユーザーであると結論づけた。地裁とは逆に、直接侵害と二次的侵害の境界をできる限り明確なものにすべく、意を払っているのが、控訴裁の基本的な立場である。「我々が、直接責任の境界をもっと狭く解しても、

¹⁰ 米国の場合、二次的侵害者に対しても、損害賠償のみならず差止めを求めることが可能である。一方、我が国の場合は、一般的に侵害への関与者に対して、損害賠償請求は可能であっても、差止請求はできないと解されている。そのため、差止めを認めることが適当と思われる事案を中心に、一定の要件を満たす侵害への関与者を侵害の主体と捉え、損害賠償のみならず差止請求を可能とする「工夫」が行われている。その一つが、いわゆるカラオケ法理である。拙稿「判批〔選撮見録事件地裁判決〕」判例評論 570 号 (2006) 30~31 頁参照。

¹¹ 田村善之「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題（1）—寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等—」知的財産法政策学研究第 16 号 (2007) 114~116 頁参照。

¹² 例えば、控訴裁に提出された法廷の友意見書である、Timothy Wu “Brief of Amici Curiae” : <http://www.timwu.org/WuLanmanAmicus.pdf> (2008 年 10 月 27 日確認) および Center for Democracy and Technology, et al. “Brief of Amici Curiae” : http://www.eff.org/files/filenode/studios_v_cablevision/CD_F_et_al_amicus.pdf (2008 年 10 月 27 日確認) 等参照。

そこには、寄与責任の原則が、著作権のある著作物に適切な保護を与えるために準備万端の状態が存在するのである」という控訴裁の判示からも、その点は明らかだろう。したがって、控訴裁にすれば、地裁が重視した、自由裁量、所有権の維持、ユーザーとの継続的関係の存在などの要素は、直接侵害ではなくて、寄与侵害を根拠付ける要素となる。

しかしながら、控訴裁は、慎重な言い回しに終始しており、実際に複製を行っている者に対する寄与が極めて大きい場合に、寄与者を直接侵害者と捉える可能性を完全に否定しているわけでもない。もっとも、本件において Y が行った程度の寄与では十分でないことは明らかである。また、本件控訴裁判決は、Sony 事件¹³において寄与侵害が否定された理由の一つとして、Sony が行った程度の寄与では足りないとして最高裁が認めたことをあげるが、そうであるなら、当然、Sony の行った程度の寄与は、直接侵害者と捉えられるレベルには至らないであろう。さらに、本件控訴裁判決では言及されていないものの、Grokster 事件¹⁴において Grokster 社等が行った誘因行為に関しても、同様に、最高裁が（侵害の誘因論に基づく）二次的侵害を課したことを踏まえれば¹⁵、それで十分であって、直接侵害を認めるレベルではないことになる。このように考えていけば、寄与者を直接侵害者として捉えるまでの程度の大きな寄与は、実際問題として存在するのだろうかというのが正直な感想ということになる¹⁶。

4-3 争点③について

我が国の著作権法を見慣れた者にとっては、違和感を抱かずにはいられないが、米国著作権においては、放送や公衆送信も公の実演権によって規律される¹⁷ ¹⁸。しかも、当然のこととして、公の実演権は、本来の意味の実演——我が国で言えば、演奏、上演等に当たるもの——も対象とするから、極めて幅の広い対象をカバーする権利ということになる¹⁹。

本件で問題となった送信は、RS-DVR のハードディスク上の、個々のユーザーに割り当てられた領域に録画した複製物——争点②によれば、この複製物は、ユーザー自身によって作成されたものということになる。もっとも、本件控訴裁判決の争点③についての論理は、複製物が誰によって作成されたものであるかとは直接関係しない——を再生した際に、RS-DVR から、ユーザーの STB に向けて行われる送信である。そのため、複製物とその再

¹³ 同事件の最高裁判決として、Sony Corp. of America et al. v. Universal City Studios, Inc. et al., 464 U.S. 417 (1984)。

¹⁴ 同事件の最高裁判決として、MGM Studios Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913 (2005)。

¹⁵ 拙稿「Grokster 事件合衆国最高裁判決」AIPPI 第 50 巻第 10 号 (2005) 2 頁以下参照。

¹⁶ 直接複製を行っている者と寄与者との関係が、例えば後者が前者を管理監督しているような程度の場合には、代位責任が議論されることになる。ただ、代位責任は二次的侵害の一種であって、直接侵害の問題ではない。

¹⁷ 正確に言えば、公衆送信の内、電子メールのように受信側に複製物を生じるものは、頒布権の対象となる。なお、送信可能化に関して、頒布権によって規律できるか否かについては議論があるが、最近下された地裁判決 (Capitol Records Inc., et al. v. Jammie Thomas, 2008 U.S. Dist. LEXIS 84155 (D. Minn. 2008)) では、送信可能化は頒布には当たらず、頒布権の対象とはならない旨の判断が示されており、今後注目される。

¹⁸ 録音物——音楽の著作物ではない——については、公の実演権の対象ではなく、デジタル送信権の対象となっている。

¹⁹ 山本隆司『アメリカ著作権法の基礎知識』（太田出版・2004）114 頁参照。

生を受信するユーザーとは、1対1の対応関係にあることになる。この点、放送局が、1本のVTRを再生して、それを多数の視聴者に向けて同時に放送するような場合や、いわゆる動画投稿共有サイトなどで、サーバー上に存在する1つの動画ファイル（複製物）を複数人が異時に再生し、その都度サーバーから送信が生じるような場合とは異なる。

先にあげた放送や、動画投稿共有サイトの場合が、公の実演に当たることは、その定義から明らかであろう。まず、放送はその性質上、「公衆」に向けて行われるものである。もっとも、受信者は一カ所に集結しているのではなくて、各々が自宅など別々の場所で放送を受信することになるが、公の実演の定義によれば、放送を異なる場所で受信すること自体は公の実演を認める上で妨げにならないとされている²⁰。次に、動画投稿共有サイトの場合も、「公衆」からのアクセスに応じて動画ファイルを送信していることは明らかである。動画投稿共有サイトの場合、「公衆」を構成する受信者は、別々の場所で（この点は放送と同じである）、別々の時間に（この点は放送と異なる）、送信を受け取ることになるが、定義によれば、いずれも公の実演であることには影響しない。

本件の場合、どうであろうか。RS-DVR全体としてみたとき、そのユーザーが「公衆」にあたることは、動画投稿共有サイトの場合と同一である。また、「公衆」を構成するユーザーが、別々の場所で、別々の時間に受信するとしても、それら自体は、公の実演に当たることの障害にならないのも、動画投稿共有サイトの場合と同一である。では、動画投稿共有サイトとRS-DVRを、公の実演の関係では、同一に扱って良いのか。逆にいえば、両者の間で、公の実演の成立を左右するような差は存在しないのだろうか。

本控訴裁判決も一部参照しているが、Nimmerは、「異なる時間」という文言がカバーする範囲を解釈する場合には、複製物に注目すべきと説く²¹。複製物ではなくて、著作物に注目してしまうと、例えば、市販されているレコードを購入して家庭内で再生しても、（レコードに化体された音楽の著作物の）公の実演になりかねないと指摘する。蓋し、レコードに化体された音楽の著作物は、個々のレコードを購入した全ての者によって、「異なる場所」「異なる時間」で再生されることになるからである。Nimmerは、「異なる時

²⁰ 正確に言うなら、「放送を異なる場所で受信する」ではなくて「放送を異なる場所で受け取る」とすべきであろう。蓋し、法文上は「the members of the public ... receive it (= the performance)」となっており、「receive the transmission」ではないため、「receive」を、送信を受け取る意味の受信と訳すのは、限定的すぎて適切ではないからである。

そしてこのように解すると、本件控訴裁判決が、「実演の送信自身が実演である」と説く理由が分かる（そう解さないと、定義規定中、「異なる場所」「異なる時間」について規定した部分が、送信の場合に適用されなくなってしまう）と共に、「異なる場所」「異なる時間」について規定した部分は、送信される実演に関してだけでなく、何かしらの手段で伝達される実演に対しても適用があると解せよう。

もっとも、上記のように解釈すべきことを、条文から導き出すのは難しいように思う。少なくとも筆者にとっては難しかった。正直に言えば、筆者は、当初、「the members of the public ... receive it (= the performance)」の部分について「公衆の構成員が実演を受信する」と訳していた。また、「異なる場所」「異なる時間」について規定した部分は、実演を送信する場合にのみ関係するものと解釈していた。後掲するNimmerが、「異なる時間」の解釈に関連して、家庭内でのレコードの再生のような、送信ではない事例を挙げていることがヒントとなり、ようやく、本件控訴裁判決が「実演の送信自身が実演である」と強調していることの意味を理解すると共に、上記のような解釈に至った。今更であるが、条文の文言を大事にすることの重要性を改めて認識した次第である。

²¹ 2 Melville B. Nimmer & David Nimmer, Nimmer on Copyright § 8.14 [C][3] (2008) 参照。

間」という文言は、例えば、昔、街角に設置されていた覗き見式の映画上映機での上映のようなものを、一度に1人しか見ていないからといって、公の実演ではないと解することを避けるためのものであると説く。そして、覗き見式の映画上映機の場合、見る者は異なっているとしても——一度に1人しか見られない以上、見る者が異なると言うことは、「異なる時間」に1人ずつ視聴するということになる——再生される複製物は同一であることを指摘し、「異なる時間」という文言が対象とするのは、同一の複製物が再生（実演）される場合と解するべきとする。

この指摘を踏まえるなら、動画投稿共有サイトとRS-DVRとの間に、公の実演との関係で、注目すべき違いが1つ存在することになる。蓋し、前者の場合は、1つの動画ファイルを公衆が（次々と）再生し、その結果が送信されていく一方で、後者の場合は、個々のユーザーによって再生される動画ファイルは、ユーザー毎にユニークであるからだ。

一方で、RS-DVRにおいても、例えば複数のユーザーが同一の番組を録画していた場合を考えれば、再生されるファイルはユーザー毎にユニークなものであったとしても、いずれも同じ番組を録画した複製物であり、内容的には同一のものである。この点に注目して、同一の著作物が再生されている以上、同一のファイルか否かという点は関係がないという立場（地裁の立場）を取れば、動画投稿共有サイトとRS-DVRの間に差はなくなる。

本件控訴裁判決は、基本的に、上記Nimmerの論理と軌を一にしている。すなわち、RS-DVRシステム上に作成されるユーザー毎の複製物に注目せずに、著作物（ここでは番組）に注目してしまうと、奇妙な結論になってしまうことを示す。その上で、本件と事実関係において類似した部分があるRedd Horne事件（サービス提供者による公の実演権侵害が認められた）をあげて、同事件の場合は、同一の複製物を「異なる時間」で視聴していたのに対して、本件ではそうではないことを指摘し、公の実演には当たらないと判断した。

本件控訴裁判決をどのように評価すべきだろうか。本件控訴裁判決（およびNimmer）の解釈は、「異なる時間」に受け取るという部分が、広範な対象を包含してしまう可能性を示した上で、公の実演権の機能を害さない範囲で、それに適切な限定を置くことを目的としている。そして、同一の複製物と限定することで、その目的を果たす。筆者は、後に述べるような理由から、本件において、Yによる公の実演権侵害を認めるべきではなかったと考えるため、本件控訴裁判決の結論には賛成である。しかし、その論理には疑問が残る。

確かに、本件控訴裁判決（やNimmer）があげるような事例や裁判例に関して、同一の複製物という限定が有効に機能することは事実である。では、次のような場合はどうだろうか。

例えば、個室ブース（ブース内には1人しか入れないとする）を多数備えるビデオ上映施設を考えて欲しい。客が、視聴を希望する映像をカウンターのメニューで選択し、店員に告げると、店員はカウンター奥のダビングマシンで、カウンター備え付けのオリジナルを元に、コピーを作成する。客はそのコピーを受け取って、個室ブースで視聴し、視聴後はそのコピーをカウンターに返却する。返却されたコピーは、廃棄されるか、書き換え可能な媒体の場合は、上書きして利用される。このような手の込んだことを、ビデオテープで行うのは全く現実的ではないだろうが、DVD等の場合は、やろうと思えばそれなりに可能であろう。

本件控訴裁判決の論理（およびNimmerの論理）によるなら、このような場合、視聴す

るユーザー毎に複製物がユニークである以上、言い換えれば、異なるユーザーに同一の複製物を視聴させているのではない以上、同じ映画が何度も視聴されたとしても、公の実演には当たらないことになりそうである。果たして、そのような結論が許容されるだろうか。

この点、許容されるのであれば本件の場合と論理が一貫するが、仮に許容できない、すなわち、上記想定のようなビデオの上映方法は、公の実演に当たると解すのなら、本件の場合に公の実演に当たらないと解することと矛盾してしまうのである²²。

日本での議論に慣れた頭では、このような問題が生じるのは、公の実演という「状態」を議論しながら、公の実演を行う「主体」を議論しないからであるように思われる。Nimmerがあげた、レコードの再生の例にしても、確かに著作物に注目すると、全く関係のない個人が家庭内で行う再生の集積によって、公の実演状態が生じてしまうのだとしても、個人が行う再生はあくまでもその一部を構成するに過ぎないから、誰か特定の個人を取り上げて、その者が全体としての公の実演を行っていると言うことはできない。106条は、公の実演を「行う」ことについての排他的独占権を与えているが、それは、全体としての公の実演を行うことに関する権利であると考えべきではないのだろうか。とすると、レコードの例の場合、全体としての公の実演を行っている者はいないのであるから、公の実演権の問題は出てこないことになる。なぜ米国法の解釈としてこのような論理を採り得ないのか、現時点で筆者としては十分な理由を見出し得ていない。この点、結論を留保し、今後の検討課題としたい。

また、日本法的な思考で本件の場合を考えると、番組に注目して、個々のユーザーが行う実演（の送信）の集積によって、公の実演状態が生じると解する立場に立ったとしても、Yが、全体としての公の実演を行ったといえるだろうかと言う疑問が湧く。本件控訴裁判決は、争点②において複製の主体をYではないと判断したのと同様の論理で、争点③について判断することを避けたが、むしろその判断をすべきだったのではないだろうか。そして、争点②で示された判断枠組みに照らすなら、全体としての送信の主体をYと判断することは難しいように思われる。

5 まとめにかえて

まとめにかえて、本件控訴裁判決と、我が国の議論との関係について簡単に触れておきたい。興味深い論点もあるが、詳細は別の機会に譲ることとする。

5-1 我が国同種事案との関係について

「1 はじめに」でも触れたように、我が国では、ネットワーク型DVRに関して、サー

²² ところで、本文ではあくまでも公の実演権についてしか述べていない。想定のようなビデオ上映施設の場合、客の求めに応じて店員がダビングしているが、この部分が複製権侵害となる可能性が高いだろうから、店が著作権法の責任の枠外になってしまうという事態には必ずしもならないものと思われる。

ただ、「店員が客の求めに応じてダビングする」という部分を、例えば、客の選んだオリジナルを、店員が客に貸し付け、客は借り受けたビデオを使って、カウンター前に設置されたダビングマシンを自分で操作してコピーを作る、というような流れに変更した場合、店が複製をしていると言えるのかは疑問が出てこよう。そして、本件の場合は、まさにこのようなシステムを、ネットワーク化したものと考えることができる。

ビス提供者の責任が問題となった裁判例が複数存在するが、いずれも本件とは微妙に事案を異にする。（表 1 参照）

まず、録画ネット事件²³やロクラク事件²⁴の場合、DVR（の役目を果たすパソコンまたは機器）自体は、ユーザー毎に別個であり、ユーザーは自分用の DVR をサービス提供者に預けるハウジングサービスの形態を採っている。この点、ユーザー毎にハードディスク上の記録領域が割り当てられてはいるものの、DVR としてはサーバーおよび関連機器全体としてのシステムとなっている本件とは異なる。また、録画ネット事件の場合、DVR の所有権はユーザーにあるとされていた（もっとも、判決では所有権はサービス提供者にあると認定された）一方、本件では、サービス提供業者の所有物であることが明確であり状況が異なる。

次に、選撮見録事件²⁵の場合は、DVR がサーバーを中心とする機器から構成されるシステムである点は共通するが、複数のユーザーが同一の番組を録画した場合、録画ファイルは 1 つしか作成されないという特徴があり、同一番組の録画の場合でも、ユーザー毎に独立のファイルが作成される本件とは異なっている。また、DVR システムが、ユーザーであるマンション住人の共有スペースに置かれ、その所有権や管理も、一次的にはマンション住人の側にある点も、本件とは異なる。

サービス提供者が所有管理するサーバー上に、ユーザー毎の記録領域を割り当て、そこにアクセスできるのは当該ユーザーに限るシステムとするという点では、MYUTA 事件²⁶と本件は共通する部分を有するが、MYUTA 事件の場合は、オンラインストレージサービスであり、記録される対象が放送番組に限らない点、また記録対象物はユーザーが用意する点で、本件とは異なってくる。

なお、まねき TV 事件²⁷は、録画ネット事件やロクラク事件と同様にハウジングサービスであるが、TV 放送を受信して変換し、インターネットに送信するだけであり、記録（録画）を前提としない点で、そもそも DVR ではないため、本件とは事案を異にする。

以上のように見てくると、本件は、我が国でまだ裁判所の判断が示されていないパターンの事案であることが分かる。その意味では、本件のような事案が我が国で争われた場合、どのような結論となるかは現時点では明らかではない。もっとも従来の我が国の裁判例の傾向からすると、本件のような事案は、カラオケ法理によって、サービス提供者が、複製および公衆送信の主体であると判断されるのではないかと思われる。同様の事案について、日米で判断が分かれること自体は良くあることだとも言えようが、何故そのような差が生じるのかについては検討に値するであろう。

5-2 直接侵害と二次的侵害

本件控訴裁判決は、Y が複製を行ったわけではない、すなわち Y は直接侵害者に当たら

²³ 知財高決平成 17 年 11 月 15 日平成 17 年（ラ）第 10007 号。

²⁴ 東京地判平成 20 年 5 月 28 日平成 19 年（ワ）第 17279 号。

²⁵ 大阪高判平成 19 年 6 月 14 日判例時報 1991 号 122 頁。なお、この事件の地裁判決について拙稿「判批」判例評論 570 号（2006）28 頁以下参照。

²⁶ 東京地判平成 19 年 5 月 25 日判例時報 1979 号 100 頁。なお、この事件については拙稿「判批」SOFTIC LAW NEWS 第 108 号（2007）1 頁以下参照。

²⁷ 東京地判平成 20 年 6 月 20 日平成 19（ワ）5765 号。

ないと判断したが、そのことイコール、RS-DVR システム上で生じる複製に関して Y が責任を問われないことにつながるのは、本件の特殊事情による。本件では、X は Y に対して、二次的侵害者としての責任を追及しないこととした。逆に言えば、そのような特殊事情がなければ当然判断されていたであろう Y の二次的侵害責任の有無について、本件控訴裁判決は何ら判断を示していないことになる²⁸。

本件において X が Y に対して、二次的侵害者としての責任を問わないこととした結果、X に対して救済を与えるためには、本来なら二次的侵害者として捉えるべき Y を、直接侵害者と捉えざるを得なくなってしまう。言い換えれば、二次的侵害者に関する議論が機能しないため、直接侵害者の概念を拡張するか否かが争点となったのである²⁹。

同様の問題状況は、我が国にも存在する。我が国においては、著作権法上の差止請求は侵害者(本稿に言う直接侵害者と同義)に対してしか認められないと一般に解されてきた。一方、カラオケ法理によれば、侵害者ではない関与者であっても、一定の要件(管理支配と受益)を満たせば、規範的に侵害者と捉えることが可能となり、結果、差止めを認めることも可能となると考えられてきた。そのため、関与者に対する差止請求が問題となる文脈では、カラオケ法理の適用可能性が論じられることとなる³⁰。

カラオケ法理については、その適用範囲が徐々に拡張されてきた旨指摘できよう³¹。特に、MYUTA 事件東京地裁判決では、ユーザーがオンラインストレージ・サーバーに対して行う各種の「操作」を、「操作の端緒としての関与」と捉え、物理的な利用者を概念しないまま、サーバー等に対する管理や支配を理由に、サーバー上で生じる複製行為や送信行為(いわば無主の利用行為)の規範的な主体を把握するまでになっている³²。この点に関しては、直接侵害の境界を明確にしようとする本件控訴裁判決の判示が、特に示唆的である。

いずれにしても、カラオケ法理が拡大していく背景には、本件類似の問題状況を見て取ることができよう。とするなら、我が国でカラオケ法理の拡張に歯止めを掛けるとするな

²⁸ Y は二次的侵害者としての責任を負うか。結論を別として、考え方を示しておこう。

米国においては、著作権の二次的侵害が成立するためには、直接侵害が存在する必要があるとされている。(この点は、寄与侵害、代位責任、侵害の誘因論のいずれの場合も差はない。)逆に言えば、直接侵害が存在しなければ、すなわちユーザーの行為が著作権侵害とならなければ、Y が二次的侵害を負うこともなくなる。この点、ユーザーの行為がタイムシフト目的であると判断されるなら、ソニー事件最高裁判決に従い、ユーザーの行為はフェアユースとなり著作権侵害ではない。したがって、Y は二次的侵害責任を負わない。一方、Y の行為がフェアユースに当たらない(タイムシフト目的でない場合、フェアユースに当たらないとされる可能性はある。もっとも、ソニー事件最高裁判決は、タイムシフト目的でなければ、自動的にフェアユースではなくなる、とまで述べている訳ではないため、タイムシフト目的ではないがフェアユースに当たると言うこともあり得る。全ては、ケースバイケース判断である。)なら、直接侵害が存在することになるから、Y に二次的侵害責任を問う余地が出てくる。

²⁹ 通常であれば、米国では、寄与侵害者に対しても差止命令を発動可能なので、「直接侵害の範囲を拡大しなければならぬ」という必要性は薄い。」(田村・前掲注 11) 117 頁)

³⁰ 前掲注 10) 参照。

³¹ 拙稿「変質するカラオケ法理とその限界についての一考察」情報ネットワーク・ローレビュー第 6 巻 38 頁以下等参照。

³² 詳しくは、拙稿・前掲注 25) 11~12 頁参照。

ら、カラオケ法理自体の限定的な解釈を探るよりも³³、問題の根本である二次的侵害についての議論を進め、必要な立法的手当を図ることの方が、直接的かつ効果的な対応ということになるのだろう³⁴。

5-3 公衆送信権としての公の実演権について

公の実演権の内、公衆送信権としての機能を果たす部分についての本件控訴裁判決の解釈は、まさに米国法に特有のものである。蓋し、我が国において、視聴者毎にユニークな複製物を再生して送信するような状況について、公衆送信権侵害にならないかと言えば、そうではないからである。まさしくそういった状況は、先述の録画ネット事件や MYUTA 事件の事実関係と類似するが、両事件とも、公衆送信権侵害を認めている。もっともそれは、公衆送信（米国著作権法で言えば公の実演）を行っているのが誰かを検討した上——この検討に際して、カラオケ法理が用いられている——での判断であって、本件控訴裁判決のように、問題となった送信を行為としてではなくて、むしろ状態として捉え、誰が行ったのかにかかわらず公衆送信（すなわち、米国著作権法に言う公の実演）に当たるか否かを判断するというような構成にはなっていない。

本件も主体を画することが必要であったとする私見については、「4-3 争点③について」でも触れたが、仮にそうであったなら、我が国での今後の議論に大きな参考となっただろう。

5-4 瞬間的複製について

RAM への瞬間的な複製は、著作権法の下での複製に当たらないとする本件控訴裁判決は、我が国の通説と通じるものである。我が国では、RAM への瞬間的な複製は、技術的には複製ではあっても、著作権法にいう複製ではないとするのが従来から通説であった³⁵。

もっとも、RAM への瞬間的な複製が、著作権法の下での複製であると解されたとしても、フェアユースの適用を受けて、権利侵害とならない余地がある米国の場合³⁶、現時点ではそのような状況にない我が国の場合とでは、瞬間的な複製をそもそも複製に当たらない

³³ とりあえずの私見は、拙稿・前掲注 28) 50～51 頁で触れた。

³⁴ 小倉秀夫担当「3 間接侵害とカラオケ法理」『ソフトウェア開発・販売と著作権の間接侵害規定に関する調査研究』（ソフトウェア情報センター・2006）50 頁以下、特に 60～62 頁は、我が国著作権法に間接侵害規定が新設された場合、カラオケ法理による法創造を遮断すべき旨を説く。

³⁵ 通説の整理については、野一色・前掲注 5) 77～80 頁、塩澤・前掲注 5) 215～218 頁、齊藤・前掲注 5) 232～233 頁、および本稿執筆時点でパブリックコメント実施中の『文化審議会著作権分科会法制問題小委員会平成 20 年度・中間まとめ（案）』50 頁〔http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/h20_09/pdf/shiryo_1.pdf : 2008 年 10 月 26 日確認〕参照。

なお、野一色・前掲注 5) は、機能的な著作物であるコンピュータプログラムに限っては、瞬間的なものであっても、我が国著作権法上の複製と解すべきである旨を指摘していた。

³⁶ フェアユースは個別の事件の事実関係の様々な側面を総合的に考慮してケースバイケースに判断されるものである。そのため、個々の事案で RAM への瞬間的な複製がフェアユースに当たるか否か、確たる予想をすることは難しい。当然カテゴリーカルな方向付けはもっと難しい。本件控訴裁判決は自身を事実依存的なものとして位置づけるが、どちらかといえば、フェアユースによってアプローチするよりも、定義に照らして複製該当性を問題とする本件控訴裁判決のアプローチの方が、予測可能性が高いように思われる。

と解すことの持つインパクトは自ずと異なろう³⁷。

以上

表 1

	機器の構成	機器の所有権	機器の管理	同一番組は…	対象	事業者の責任
Cablevision	一体型 (サーバー)	事業者	事業者	ユーザー毎に 別ファイル	放送番組	非侵害
録画ネット	個別型 (パソコン)	ユーザー ※1	事業者	ユーザー毎に 別ファイル	放送番組	侵害
ロクラク	個別型 (専用機)	事業者	事業者	ユーザー毎に 別ファイル	放送番組	侵害
選撮見録	一体型 (サーバー)	管理組合	管理組合	全ユーザー 共通	放送番組	侵害
MYUTA	一体型 (サーバー)	事業者	事業者	ユーザー毎に 別ファイル	ユーザー用意 ファイル	侵害
まねきTV	個別型 (専用機)	ユーザー	事業者	(記録なし)	放送番組	非侵害

※1 判決では、サービス提供者に所有権があると認定された。

³⁷ 我が国の場合、複製を行った者が個人なら、私的複製規定によって、著作権侵害とはならないだろう。一方、複製を行った者が、企業等の場合、私的複製は適用されない。この場合、著作権侵害を否定するためには、権利濫用の法理や黙示の許諾等の論理に頼ることになる。ただ、権利濫用はそれこそ事案依存的であるし、適用のハードルも高い。黙示の許諾については、どのような場合にそれを認め得るかという事案依存的な問題もあるが、より根本的には、流通過程に著作権侵害が介在する場合（例えば、ユーザーは事情を知らないままに海賊版ソフトを購入し、それをパソコンのRAMにローディングしたような場合）に適応の余地がない点が問題である。

なお、周知のように、現在、いわゆる日本版フェアユース規定を導入すべきか否かについての議論が行われている。当然、日本版フェアユース規定が導入された暁には、現在と状況は変わってこよう。もっとも、日本版フェアユース規定の内容が定まらない現時点では、どのような変化が生じるのかも予想できない。

SLN No. 117 (2008/11)

財団法人 ソフトウェア情報センター

発行： 専務理事 山地克郎

編集： 調査研究部長 柳沢茂樹

制作： 調査研究部 平澤高美／内田 礼