

No. 133(2013/10)

Shift.TV 事件ドイツ連邦最高裁判決

BGH, Urteil vom 22.4.2009- I ZR 216/06

BGH, Urteil vom 11.04.2013-I ZR 152/11

横山久芳（学習院大学教授）

1 事案の概要

本件は、ドイツにおいて放送番組の録画・視聴サービスが著作権法に違反するかどうか争われ、連邦最高裁が初めて判断を示した事例である。以下、事案の概要を説明する。

Xは放送事業者であり、テレビ番組の放送を行っている。Yは、“Shift.TV”という名称の、インターネット回線を通じてテレビ番組を録画・視聴するためのパーソナルビデオレコーダーを提供するサービス(以下、本件サービス)を行っている。本件サービスの内容は次の通りである。Yは、Xのテレビ番組を含むドイツ国内で受信可能な複数の放送局の放送番組を受信している。本件サービスに登録した者(以下、ユーザーという)は、Yから送付される電子番組表に基づき、Yが受信する放送番組の中から特定の番組を選択し、その録画を指示する。そうすると、当該番組が当該ユーザーのパーソナルビデオレコーダー上に録画される。ユーザーは、インターネット回線を通じて自己のパーソナルビデオレコーダー上に録画された番組を時間と場所を問わず任意に視聴することができる。パーソナルビデオレコーダーはYが管理するハードディスク上に存在し、各ユーザーに個別に割り当てられるものである。パーソナルビデオレコーダーに録画された放送番組には録画の指示を出したユーザーのみがアクセスすることができるようになっている。

Xは、本件サービスがXの著作隣接権(87条1項1号・2号)を侵害すると主張し、Yに対し、Xのテレビ番組の全部又は一部の複製、利用可能化、放送、及びオンラインストリーミングによる伝達の差止請求、及び、段階訴訟としての損害賠償のための情報提供の請求を行った(なお、Xはテレメディア州際協定違反による不正競争行為を理由とした差止請求をも行っているが、この点の紹介は割愛する)。

本件サービスについては、複数の観点から侵害の成否が争われている。第一に、ユーザーの指示に基づきパーソナルビデオレコーダー上に X の放送を録画する行為が複製権侵害に該当するかどうかという点、第二に、パーソナルビデオレコーダー上に録画物を蔵置し、ユーザーが当該録画物に任意にアクセスできる状態を作出する行為が利用可能化権の侵害となるかどうかという点、第三に、Y が衛星アンテナを介して X の放送を受信し、当該放送に係るデータをパーソナルビデオレコーダーに送信する行為が再放送権侵害となるかどうかという点、である。第一審(ライブチヒ地裁¹)は、複製権侵害及び利用可能化権侵害の成立を認め、X の請求を一部認容した。Y が控訴したところ、控訴審(ドレスデン高裁²)は、一審判決を変更し、複製権侵害のみを認め、Y の控訴を棄却した。これに対し、Y が上告したところ、第 1 次上告審(ドイツ連邦最高裁³)は、控訴審の複製行為主体の認定手法に誤りがあること、及び、控訴審の「再放送」概念の理解に誤りがあることを指摘し、複製権侵害及び再放送権侵害の成否を改めて検討させるために控訴審判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。差し戻し後の第 2 次控訴審は、差し戻し前の第一審判決を変更し、複製権侵害を否定し、再放送権侵害を肯定する判断を示し、Y の控訴を棄却した。これに対し、Y が上告したところ、第 2 次上告審⁴は、複製権侵害を否定した控訴審の判断を支持しつつ、再放送権侵害を認めた点について控訴審判決を破棄し、強制ライセンスの抗弁⁵の成否を検討させるために、事件を原審に差し戻した。以下では、第 1 次・第 2 次上告審判決の内容を紹介する。

2 判決

(1)第 1 次上告審判決

① 複製権侵害の成否について

「各ユーザーのパーソナルビデオレコーダーに X の放送を録画することは、X が放送事業者として有する放送を録画物又は録音物へ記録する権利(87 条 1 項 2 号第 1)、すなわち、複製権(16 条)を侵害するものである。」

「複製行為者(Hersteller einer Vervielfältigung)が誰かを検討する場合には、まず第一に技術的観察を重視すべきである。「複製」は有形的な固定行為であり、純粹に技術的・機械的な事象である。ゆえに、複製行為者とは、この有形的な固定を技術的に実行し

¹ LG Leipzig, Urteil vom 12.05.2006 – 5 O 4371/05, ZUM 2006, 753.

² OLG Dresden, Urteil vom 28.11.2006 – 14 U 1070/06, ZUM 2007, 203.

³ BGH, Urteil vom 22.04.2009 – I ZR 216/06, GRUR 2009, 845.

⁴ BGH, Urteil vom 11.04.2013 – I ZR 152/11, ZUM 2013, 556.

⁵ ドイツ著作権法は、放送事業者及び有線放送事業者が放送の有線再放送に関して、契約を拒絶する正当な理由がない限り、相当な条件の下に契約を締結する義務を互いに負うことを定めている(87 条 5 項)。Y は、差し戻し後の控訴審段階で、この規定に基づき、本件サービスは著作権法 87 条 5 項の強制ライセンスの対象となるから、X が差止請求権を行使するのは権利の濫用(民法 242 条)に当たると主張した。これに対して、控訴審は、強制ライセンスの要件の存否は仲裁機関が判断すべきことであり、仲裁機関に申立てを行う前に Y が X の放送を再放送する権利を有するわけではないから、強制ライセンスの抗弁は成り立たないと判断していた。

た者をいうものと解すべきである。その際、複製行為者が第三者の提供に係る技術的手段を利用したかどうかは重要なことではない。例えば、公衆の使用に供することを目的として設置された CD の自動録音機器を用いて、ユーザーが機器設置者の関与なしに自ら持ち込んだ CD を自ら持ち込んだ媒体に録音する場合、機器設置者ではなく、ユーザーが複製行為者と評価されることになる。」

「確かに、複製行為者が第三者の委託を受けてその者の私的な使用のために複製行為を行った場合、複製行為は委託者に帰せしめられることになるのであり(著作権法 53 条 1 項第 2 文⁶)、それが認められるかどうかは、同条同項第 2 文の私的使用による権利制限の目的に即した規範的な評価によって判断されることになる。すなわち、複製行為者が複製機器に代わるものとして、委託者の単なる道具 (Werkzeug) として行動している場合には、同条同項第 2 文に基づき、複製行為は委託者に帰せしめられることになるが、複製行為者がその規模と強度において私的使用の権利制限規定の趣旨とは相いれない著作権法的に重要な利用行為を行っている場合には、当該複製行為は複製行為者自身に帰せしめられるべきである。」

「複製行為を自ら行い、自ら使用する目的で複製物を作成した者は、その複製行為を第三者に帰せしめることはできない。著作権法上違法な複製行為に対しては、複製行為者のみが直接行為者 (Täter) として責任を負うことになる。第三者がその複製行為に関与している場合には、単に加担者⁷ (Teilnehmer) 又は妨害者⁸ (Störer) としての責任が問題となるにすぎない。本件において、X は、Y の関与者又は妨害者としての責任を問題としているわけではない。X は、ユーザーが X の放送を違法に複製しており、そのことについて、Y もパーソナルビデオレコーダーを提供したことを理由に責任を負うべきであると主張しているわけではない。X は、Y 自身がパーソナルビデオレコーダー上の録画物の作成者と評価し得るから、Y が直接行為者 (Täter) として X の著作権法 87 条 1 項の権利を侵害していると主張し、Y に対し差止請求を行っているのである。」

「控訴審の事実認定からは、各ユーザーのパーソナルビデオレコーダーに X の放送を録画し、それによって複製行為を行った者が Y であるかユーザーであるかを特定することはできない。かりに本件サービスがユーザーの録画指示により完全自動的に当該ユーザーのパーソナルビデオレコーダー上に放送を録画するというものであると仮定すると、ユーザーのみが複製行為者になるというべきである。Y が放送番組の録画のためのハードディスクを提供するにとどまらない包括的なサービスを行っているとし

⁶ 同条項は、我が国著作権法 30 条 1 項とは異なり、私的複製の権原を有する者は、複製が無償で行われ、又は複製が写真複製の方法で行われる場合には、その複製物を他人に作成させることができると規定する。

⁷ 「加担者」とは、故意により他人の著作権侵害行為に加担する者(教唆者・幫助者)をいう。

⁸ 「妨害者」とは、「直接行為者」、「加担者」以外の者であって、自らの意思で他人の侵害行為と相当因果関係を有する行為を行い、侵害の結果発生に寄与した者をいう。平たく言えば、「妨害者」とは、過失(注意義務違反)により他人の著作権侵害行為に関与した者ということができる。

ても、当該録画行為を Y に帰せしめることはできないというべきである。」

② 利用可能化権侵害の成否について

「ユーザーのパーソナルビデオレコーダーに X の放送番組を録画したのがユーザーではなく、Y であるとする、Y は、ユーザーが時間と場所を問わずパソコンを介して自由に X の放送にアクセスできる状態を作出することにより、X の放送を利用可能化したことになる。しかし、その場合も、Y は「公衆(Öffentlichkeit)」に対して利用可能化したとはいえない。放送は公衆の多数の構成員が利用可能となることにより(15条3項)、著作権法 87 条 1 項 1 号第 2 の意味で公に利用可能化されたことになるから、個々の録画物が録画の指示を出したユーザーにのみ利用可能となっている場合には、この要件を満たさないことになる。」

「上記の判断において、特定の放送番組の録画を指示し、当該放送を受信したユーザーが全体として「公衆」に該当するかどうかは問題とならない。ユーザーの総数に重点を置くべきではない。著作権法 19 条 a に規定された利用可能化権は、公衆の構成員が時間と場所を問わず著作物にアクセスできる状態を作出することに関する権利である。したがって、将来の放送の録画・視聴を可能とするサービスを一般公衆に対して提供する行為は、サービス提供時点においてサービス事業者の支配下に著作物が存在しない以上、著作物を利用可能化する行為とはいえない。また、Y は、X の放送を個々のユーザーのパーソナルビデオレコーダーに直接転送しているのであるから、Y が X の放送を公衆のアクセスのために自己の支配下に保持しているということとはできない。」

③ 再放送権侵害の成否について

「著作権法 87 条 1 項 1 号第 1 の「再放送」とは、同時に行われる再放送のみを指す。インターネット上での送信に必要となる放送信号の変換のために、Y からユーザーへの放送データが同時ではなく、遅れて送信される場合でも、「再放送」該当性が否定されることはない。ユーザーが録画物の作成者であると解するならば、パーソナルビデオレコーダーは Y ではなく、ユーザーの支配領域に属することになる。その場合、Y は、衛星アンテナから受信した放送信号を即座にユーザーのパーソナルビデオレコーダーへと転送していることから、Y は、同時再放送を行っているといえることができる。」

「著作権法 20 条の放送権の対象は、著作物を放送の技術的手段を用いて公衆に利用可能とする行為である。Y は、そのような技術的手段を用いて、衛星アンテナから受信した放送をパーソナルビデオレコーダーに転送しているといえる。もっとも、配信ネットワークを介して行われる全ての伝達行為に著作権の効力を及ぼすことは適切ではない。さもないならば、例えば、少数人が共同でアンテナを設置して放送を受信する場合でさえも、権利者の許諾を要することになる。ゆえに、著作権法 20 条の権利は、放送の技術的手段を用いて行われる著作物の伝達行為が公の再生行為 (öffentliche Wiedergabe) と評価し得る場合にのみ問題になると解すべきである。そして、本件がそのような場合に当たるかどうかは、技術的な基準に従って判断するのではなく、専ら価値的な評価に基づいて判断すべきである。この考え方によれば、本件の放送信号の

伝達行為は著作権法 20 条の放送権の対象になるというべきである。Y は、単に衛星アンテナから放送を受信し、伝達しているにとどまらず、パーソナルビデオレコーダーを有するユーザーに対し、受信装置をも提供し、ユーザーが当該装置を用いて当該放送が伝達する著作物の視聴を可能とする状態を作出している。このような Y の行為は、共同受信施設を用いて単に放送番組を受信する場合とは性格の異なるものであり、むしろ法が著作者に留保している公の再生行為としての著作物の利用行為、すなわち、口述権、上演・演奏権、上映権、録画物又はレコードによる再生権、放送による再生権と比肩し得る利用行為といえることができる。」

「もっとも、控訴審は、X の放送がユーザーのパーソナルビデオレコーダーへと転送され、ユーザーが電子番組表に基づき当該放送に対し録画指示を出すことによって、X の放送が著作権法 15 条 3 項の公衆の多数の構成員に、すなわち、著作権法 20 条における「公衆」にどの範囲まで利用可能となったかという点について認定を行っていない。ゆえに、控訴審の認定した事実に基づき、最終的に再放送権侵害の成否を判断することはできない。」

④ 結論

「以上の理由により、原審判決を破棄し、事件を原審に差し戻すこととする。差し戻後の控訴審は、Y とユーザーのいずれがパーソナルビデオレコーダーに録画しているのかを検討し、Y が複製行為者となる場合には、Y は X の複製権を侵害するものと判断すべきである。一方、ユーザーが複製行為者となり、パーソナルビデオレコーダーがユーザーの支配領域に属する場合には、Y が X の放送を著作権法 15 条 3 項における公衆の多数の構成員に利用可能化したといえるほどに多数のユーザーのパーソナルビデオレコーダーに伝達しているかという点を検討し、これが肯定される場合には、Y は X の再放送権を侵害するものと判断すべきである。」

(2)第 2 次上告審判決

① 複製権侵害の成否について

「差し戻後控訴審が複製権侵害を否定したのは正しい判断である。パーソナルビデオレコーダーを用いて X の放送を録画する行為は X の複製権を侵害する。しかし、証拠調べにより明らかになったところによれば、本件サービスにおいては、ユーザーが録画の指示を出すことにより、外部からの人的な関与なしに完全自動的に行われる純粋に技術的な事象を作動させているから、録画物の作成者は、Y ではなく、ユーザーといえるべきである。ユーザーによる侵害行為は著作権法 53 条 1 項第 1 文の権利制限の対象となる。」

② 利用可能化権侵害の成否について

「差し戻後控訴審が利用可能化権侵害を否定したのは正しい判断である。Y は、X の放送をユーザーのパーソナルビデオレコーダーに転送することにより、ユーザーに対して X の放送を利用可能化しているといえる。しかし、Y は、放送の録画の指示を出

したユーザーに対してのみ当該放送を利用可能化しているにすぎず、公衆のアクセスのために自己の支配領域下に放送を保持しているわけではないから、Y は、X の放送を公に利用可能化しているとはいえない。」

③ 再放送権侵害の成否について

「Y の上告は認められる。差戻し後控訴審が再放送権侵害を肯定した点は支持することができない。」

「著作権法 87 条 1 項 1 号第 1 の再放送は、放送の技術的手段により放送の内容が公衆の多数の構成員に利用可能となっていることを前提とする。そこにおいては、再放送は、受信と同時にされるものでなければならず、著作物の利用行為として、他の公の再生による著作物の利用行為と平仄が取れたものであることが必要である。差戻し後控訴審判決の認定によれば、この要件は充足されている。Y は、衛星アンテナにより放送信号を受信し、録画物の作成者であるユーザーの支配下にあるパーソナルビデオレコーダーに同時に伝達している。Y は、それとともに、パーソナルビデオレコーダーを有するユーザーに対し、受信装置も提供しているのであるから、Y の行為は、著作物の利用行為として、法が著作者に留保している他の公の再生による著作物の利用行為と比肩し得るものというべきである。また、Y は、X の放送を公衆の多数の構成員に利用可能としている。少数人であっても著作権法 15 条 3 項の意味における「多数(Mehrzahl)」を構成することがあり得る。控訴審の認定によれば、転送された X 放送信号は、少なくとも個人的な結合関係にない 100 人のユーザーによって個別に録画されている。このことから、公衆の多数の構成員が X の放送番組から放送の録画物を取得しているとした控訴審の判断は正しい。ユーザーが受信した放送をいつ視聴するかということは重要なことではない。」

「控訴審の判示する通り、著作権法 87 条 5 項が定める有線放送事業者及び放送事業者の有線再放送に関する相互契約締結義務の問題は、著作権管理法 14 条 1 項 2 号及び 16 条 1 項の準用により、まず第一に仲裁機関において判断されるべきものである。法が仲裁機関における手続を優先しているのは、仲裁機関の専門的な知識・経験を利用可能とし、裁判所の負担を軽減することであり、そのような仲裁機関の専門的な知識・経験を動員するには、仲裁機関における事前の手続を優先させることが保障されなければならない。しかしながら、仲裁手続を実施する必要があるということは、強制ライセンスの抗弁を排斥するものではない。強制ライセンスの要件が具備されている場合、裁判所は、著作権管理法 16 条 2 項第 2 文の準用により、被告に対し、仲裁機関への申立てを可能とするために手続を中止することができる。同条は、料率の適用可能性又は相当性に争いがあることが訴訟手続上明らかとなった場合に当事者が仲裁機関に申立てを行うことを可能とするために訴訟手続を中止することができることを定めているが、同条は、有線再放送の契約締結義務をめぐる争いがあることが訴訟手続上明らかになった場合にも準用されるべきである。もちろん、Y のような潜在的な(強制)ライセンスは、訴訟手続と並行して、仲裁機関に申立てを行い、その

手続完了後に強制ライセンスの抗弁を提出するということも考えられるが、その場合、仲裁手続が適宜に完了するという保証はないため、被告に強制ライセンスの権利が認められるにもかかわらず、差止判決が出されるという事態も生じ得ることになる。このような事態を避けるためには、Yに強制ライセンスの抗弁を認めることが妥当である。」

④ 結論

「よって、Yの上告に基づき、Yの敗訴部分につき原審判決を破棄し、破棄部分につき、さらに審理を行わせるために、事件を原審に差し戻すこととする。差戻し後の控訴審は、訴訟手続を中止し、当事者に仲裁機関に申立てを行わせ、仲裁機関がYに契約締結を請求する権利があるかどうかを審理する前に、まず、Yに強制ライセンスの抗弁を提出する権利があるかどうかを審理すべきである。本件においてYが強制ライセンスの抗弁を提出できるのは、YがXに対して付随条件のない契約の申出を行っており、かつ、Xがそのような契約を締結する義務を負っている場合に限られる。」

3 解説

(1)はじめに

デジタルネットワーク技術の発達に伴い、インターネット回線を通じてテレビ番組の録画や視聴を可能とするサービスが登場し、その著作権法上の取り扱いをめぐって各国で活発な議論が展開されている。本件は、ドイツにおいてこの種のサービスの合法性が争われた事件であり、最高裁が初めて判断を示したものとして重要な意義を有している。

本判決は、本件サービスの内容を、①アンテナから放送を受信して複製機器に転送する過程、②放送を複製機器に録画する過程、③録画物を利用可能化する過程、の各段階に分けてそれぞれについて侵害の成否を検討し、②について複製権侵害、③について利用可能化権侵害を否定しつつ、①について再放送権侵害の余地を認めた⁹。一方、我が国の最高裁判決¹⁰は同種の事案において複製権侵害の成立を認めている。両者にこのような違いが生じたのは、複製行為主体の認定手法が両者で大きく異なるからである。以下では、複製行為主体の認定判断の点を中心に、本判決の内容を我が国の最高裁判決と比較対照しながら、検討していくこととする。

(2)複製権侵害の成否について

①直接行為者と間接侵害者(加担者・妨害者)

本件で、XはYが本件サービスを提供することにより、X放送の録画物を作成し、

⁹ 本件と同種のサービスが問題となった別件訴訟においても、最高裁はほぼ同様の判断を示している(BGH, Urteil vom 22.4.2009-I ZR 175/07, ZUM 2009, 765-Save.TV-I)。ただし、サービス内容に関する認定事実の相違から、別件訴訟では最終的に複製権侵害が肯定されている(BGH, Urteil vom 11.4.2013-I ZR 151/11, ZUM-RD 2013, 314-Save.TV-II)。

¹⁰ 最判平成23年1月20日民集65巻1号399頁〔ロクラクII事件〕参照。

複製権を侵害していると主張している。かりに Y が、X の主張する通り、自ら複製行為を行い、複製権を侵害しているとされる場合には、X は「直接行為者(Täter)」として侵害責任を負うことになる。一方、ドイツでは、「直接行為者」以外にも、他人の著作権侵害行為に間接的に寄与した者(「加担者(Teilnehmer)」及び「妨害者(Störer)」)が著作権法上「侵害者(Verletzer)」として責任を負うものと解されており、著作権者は、直接行為者のみならず、間接侵害者に対しても差止請求(97 条 1 項)を行うことが可能とされる¹¹。我が国では、著作権法上の「侵害者」(112 条)には「間接侵害者」は含まれず、間接侵害者に対する差止請求は認められないと一般に解されているため¹²、「間接侵害者」を「直接行為者」と法的に擬制することで、「間接侵害者」に対する差止請求を事実上可能とする解釈論¹³が展開され、行為主体性が争われるケースが多数存在しているが、ドイツでは、「間接侵害者」も著作権法上の「侵害者」に含まれるものとされ、「間接侵害者」に対する差止請求が当然に可能となっているため、我が国に比べて行為主体性が争われるケースは少ない。

もっともドイツにおいても、「間接侵害」は「直接侵害」の存在を前提とするものと解されているから(従属説)、「直接行為者」の行為が制限規定の適用等により適法になる場合には「間接侵害者」も侵害責任を負わないことになる。ゆえに、「直接行為者」の行為が適法となる場合に「間接侵害者」の行為を独立に差し止めるためには、ドイツにおいても、「間接侵害者」を「直接行為者」と法的に構成することが必要となる。本件において X はまさにそのような主張を行っている。本件の場合、録画の指示を出したユーザーを複製行為主体(直接行為者)と捉え、サービス事業者を「加担者」ないし「妨害者」として法的に構成した場合には、ユーザーの行為に著作権法 53 条 1 項第 1 文(私的使用のための権利制限規定)が適用される結果、直接侵害の成立が否定され、サービス事業者の間接侵害責任も否定されることになる。そこで、X がサービス事業者に対し複製権侵害の責任を追及するためには、サービス事業者自身を複製行為主体と構成する必要が生じることになる。本件において複製行為主体性が争われたのはそのような理由に基づくものである。

¹¹ ただし、間接侵害者が「加担者」か「妨害者」かによって、損害賠償の取り扱いは異なっている。すなわち、「加担者」は民法上の共同不法行為者(Mittäter)として直接行為者と同様の責任を負うべき立場にあるため(民法 830 条 2 項参照)、著作権者は「加担者」に対して差止請求に加えて損害賠償も請求し得るが、「妨害者」は共同不法行為者ではなく、ただ著作権が排他的権利であることから、著作権者の差止請求に服する者となるにすぎないため、著作権者は「妨害者」に対しては損害賠償を請求することはできないとされる。

¹² 東京地判平成 16 年 3 月 11 日判時 1893 号 131 頁〔2ちゃんねる事件第一審〕、知財高判平成 22 年 8 月 4 日判時 2096 号 133 頁〔北朝鮮の極秘文書事件控訴審〕など参照。

¹³ その典型がいわゆる「カラオケ法理」である。「カラオケ法理」とは、自ら技術的に利用行為を行っていなくても、他人の利用行為を管理・支配し、他人の利用行為から経済的利益を得ている者を規範的な意味で利用行為主体と認定する考え方であり、クラブキャッツアイ事件最高裁判決(最判昭和 63 年 3 月 15 日民集 42 卷 3 号 199 頁)に端を発するものである。

②複製行為主体の認定のあり方

本判決は、「複製」が有形的な固定行為を意味し、純粹に技術的な事象であることから、複製行為主体の認定においてはまずは技術的觀察を重視し、技術的な意味で複製行為を行った者を複製行為主体と捉えるべきであるとしている。ドイツ著作権法は、我が国著作権法と同様、著作権の効力が及ぶ利用行為を条文上具体的に列挙しているが(15条参照)、これは、著作権の効力の及ぶ範囲を事前に明確に示すことにより、行為者の予測可能性を確保することを目的としたものである。このことからすれば、著作権の効力が及ぶ利用行為を行った者(直接行為者)は誰かということ判断する際には、各利用行為の本来の意義に鑑み、まずは当該行為を技術的に行った者を利用行為主体と認定することが行為者の予測可能性の観点からみて望ましいものといえることができる。この点で、本判決の解釈は支持し得るものである。

もっとも、このことは技術的な意味で利用行為を行った者のみが最終的に「直接行為者」として侵害責任を負うということの意味しているわけではない。本判決は複製行為主体を認定する際には、「まず最初に(zunächst)」技術的觀察を重視すべきであると述べているにすぎないから、技術的觀察に基づき直接行為者を認定した後に、別途、規範的な観点から、それ以外の者を「直接行為者」と認定する余地はあり得ることになる。実際、本件サービスと同種の録画・視聴サービスの合法性が争われた別件訴訟において、最高裁¹⁴は、複数のユーザーが同一の番組の録画を指示した場合には個々のユーザーのパーソナルビデオレコーダーに直接録画物が作成されるわけではなく、業者の管理する録画サーバー上に録画物が作成され、それが個々のユーザーのパーソナルビデオレコーダーへと転送される仕組みが採用されていたとの事実認定の下で、この場合も、ユーザーの録画指示により録画物が自動的に作成されることに鑑み、技術的な意味ではユーザーが複製行為を行っているものの、録画サーバーに対してはユーザーのコントロール権が一切及んでいないことから、サービス事業者がユーザーを「道具」として録画行為を行っていると判断し、サービス事業者の複製権侵害を認めた¹⁵。この判決は、ユーザーが技術的な意味での複製行為主体となる場合であっても、サービス事業者がユーザーを「道具」として利用して複製の結果を実現させている場合には、サービス事業者も複製行為主体となり得ることを明らかにしたものである。このように、ドイツにおいても、技術的な意味での複製行為主体以外の者に複製の結果を帰せしめる規範的根拠が存在する場合には、その者が別途、規範的な意味で複製行為主体と認定判断されることになる。ただし、ドイツでは、技術的觀察と規範的評価の問題が区別され、まずは技術的な意味での複製行為主体の認定を出発点とし、その後、規範的な観点からそれ以外の者を複製行為主体と認定し得るかどうかを判断すると

¹⁴ BGH, a.a.O.,(Fn.9) -Save.TV-II.

¹⁵ 同判決と被告を同一とする別件訴訟において、ミュンヘン地方裁判所(LG München, Urteil vom 09.08.2012, ZUM2012, 1003)は、同判決と同一の事実認定の下で被告の複製権侵害を肯定している。

いうプロセスが取られている点に特徴があるといえる¹⁶。

これに対して、我が国の裁判例では、技術的な観察と規範的な評価とを区別せずに、問題となる行為の技術的、経済的、社会的意義を総合考慮して行為主体を認定判断するという手法が一般的に取られている¹⁷。このように総合考慮により行為主体性を判断するという手法は、裁判所が問題となる事案において侵害責任を負わせるべきと考える者を行為主体と柔軟に認定判断することを可能にするという意味で具体的妥当性に資する面はあるものの、利用行為主体の認定判断の過程が不明瞭なものとなりがちであり、また、どのような観点をどの程度重視するかによって利用行為主体の認定判断が大きく変動するため、予測可能性及び法的安定性を害するおそれが大きくなる。利用行為主体の認定判断は著作権の行使を受ける相手方を特定する作業であり、利用行為の認定判断と同様、予測可能性及び法的安定性を重視した解釈が望まれることに鑑みると、利用行為主体の認定判断においては、本判決のように、まずは、技術的観察に基づき、技術的な意味で利用行為を行った者が誰かを特定した上で、それ以外の者が利用行為主体となるか否かが争われる場合には、その者に利用の結果を帰せしめることを正当化する規範的な根拠が存在するかどうかを具体的に検討することが妥当であると思われる。

③本件サービスにおける複製行為主体性

本判決は、本件サービスに関して、ユーザーの録画指示によりユーザーの支配する複製機器に完全自動的に複製物が作成される場合には、ユーザーが複製行為の主体になると判断している。本件サービスにおいては、ユーザーが録画指示を出さない限り、録画物が作成されることはなく、ユーザーが録画指示を出せば、サービス事業者の具体的な行為を介することなく録画物が自動的に作成されることとなっているから、録画物の作成過程において具体的な複製行為と認識し得るものは、ユーザーの録画指示行為において他にはない。サービス事業者は、放送を受信して複製機器に入力するなど、複製の実現のために不可欠な行為を行っているが、これらの行為はいずれも複製の前段階の準備的・予備的行為にすぎず、複製行為そのものを構成するものではないから、サービス事業者が複製行為そのものを行ったとみることは困難である。したがって、本件サービスを技術的に観察する限り、複製行為主体をユーザーと認定した本判

¹⁶ この点につき詳しくは、横山久芳「ドイツ著作権法における「間接侵害」の規律のあり方」高林龍他編『現代知的財産法講座Ⅲ知的財産法の国際的交錯』148頁(2012年)参照。

¹⁷ 例えば、本件サービスと同種の放送番組の録画視聴サービスの合法性が争われたロクラクⅡ事件最高裁判決の金築誠志裁判官補足意見は、「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」と述べている。同判決自身はこのことを明示的に述べているわけではないが、後述の通り、放送番組の録画・視聴サービスにおいて、物理的、自然的観察のみでは、サービス事業者を複製行為主体と認定することは困難であるため、同判決もこのことを当然の前提にしていると思われる。

決の判断は妥当ということができよう。

もっとも、サービス事業者が技術的な意味で複製行為主体といえない場合でも、規範的な意味で複製行為主体と評価することができないかという点は別途、検討する余地がある。この点、差戻し前控訴審は、Y が単なる複製機器の提供にとどまらない包括的なサービスを提供していることから、規範的な評価に基づき Y を複製行為主体と認定していた。本判決はこの控訴審判決を破棄していることから、Y が規範的な意味でも複製行為主体となり得ないということを前提としていると思われる。しかし、本件サービスの社会的、経済的意義を考慮すれば、差戻し前控訴審判決のように、Y を規範的な意味で複製行為主体と解釈する余地もあり得るものと思われる。すなわち、本件サービスは、海外居住者等、自ら放送を複製することが困難な状況にある私人に対して放送の複製物を取得させることを目的としたものであり、サービス事業者は放送を受信し、放送に係る情報を複製機器に入力することによって、私人が複製行為を行うことが困難な状況を解消し、また、私人が録画の指示を出せば、自動的に録画物を作成できるようにしているのであるから、本件サービスは、実質的にみれば、サービス事業者がユーザーの指定した放送番組を自ら複製し、その複製物を私人に提供する場合と法的に同視し得るものともいえよう¹⁸。この点で、我が国のロクラクⅡ事件最高裁判決が総合考慮の下でサービス事業者を複製行為主体と認定判断したことにも一定の合理性を認めることができると思われる。このように解するならば、ユーザーもサービス事業者も複製行為主体となるが、ユーザーは私的使用目的で複製行為を行っているため、ユーザーの行為については複製権侵害が否定され、サービス事業者のみが複製権侵害の責任を負うことになる。

(3)利用可能化権侵害の成否について

本判決は、放送番組の録画物をユーザーのパーソナルビデオレコーダーに蔵置し、利用可能化していることについて利用可能化権の侵害を否定している。本件サービスでは、パーソナルビデオレコーダーに放送が録画されれば、インターネット回線を介して、ユーザーが当該録画物にアクセスできる状態が自動的に作出されるのであるから、本判決のように、録画物の作成主体をユーザーと捉えるならば、利用可能化行為の主体もユーザーと捉えるべきことになろう¹⁹。ゆえに、Y の利用可能化権侵害を否定した本判決の判断は正当なものである。

なお、本件の第1次判決は、サービス事業者が録画物の作成主体となる場合にはサー

¹⁸ 本件サービスのように、ユーザーの複製行為がサービス事業者の企画したところに従い、サービス事業者の企画した範囲で行われる場合には、サービス事業者が自ら複製行為を行っている場合と同視して、サービス事業者を規範的な意味で複製行為主体と捉えることができるとと思われる(横山・前掲注16)204頁)。

¹⁹ 各ユーザーは自己の端末に向けて録画物を利用可能化しているにすぎず、その他のユーザーに当該録画物を利用可能化しているわけではないから、各ユーザーの利用可能化行為は利用可能化権の侵害とはならない。

ビス事業者が利用可能化行為の主体となると述べつつ、利用可能化権は「公衆(Öffentlichkeit)」に対して著作物を利用可能化した場合にのみ及ぶから、録画指示を出したユーザーに対してのみ当該録画物を利用可能化する本件サービスにおいては、サービス事業者が「公衆」に対して利用可能化しているとはいえ、いずれにせよ、利用可能化権の侵害にならないと判示している。ドイツ著作権法は、利用可能化権を公の再生権の一種として位置づけ(15条2項第2文第5号)、「公の再生」を「公衆における多数の構成員(eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit)」に向けて再生が行われること」をいうものと定義している(15条3項第1文)。ゆえに、ドイツでは、「1対多」の送信を行う場合のみが利用可能化権の対象となり、本件サービスのように「1対1」の送信のみを行う場合には利用可能化権の保護は及ばないことになる。この点、「1対1」の送信であっても、送信者との関係で受信者が不特定人(公衆)に当たる場合には、送信可能化権及び公衆送信権(23条)の保護が及ぶとする我が国の判例実務²⁰とは大きく異なっている。

(4)再放送権侵害の成否について

①「再放送」の意義

本判決は、サービス事業者が放送を受信し、各ユーザーのパーソナルビデオレコーダーに放送に係る情報を伝達する行為が再放送権侵害となる余地を認めた。本判決は、放送の技術的手段を用いて放送内容を公衆に同時に伝達する行為を広く「再放送」と捉え、本件のように、放送信号が加工されるため、実際の放送との間にタイムラグが生じる場合でも、放送信号が加工後、即座にユーザーに伝達されることとなっていれば、同時に再伝達したことになることと解釈している。ただし、このように「再放送」の意義を広く解釈した場合には、例えば、少数人が共同アンテナを用いて放送を受信する場合にも著作権者の許諾が必要となり、不当な結果を招くことになるため、問題となる伝達行為が公の上演・演奏等の「公の再生行為」と評価し得るような場合に限り、再放送権の効力が及ぶべきであるとし、再放送権の対象となる伝達行為か否かは、技術的観点からではなく、規範的な観点から判断すべきであるとしている。本判決が複製行為主体の認定判断については技術的観点から行うべきであるとしつつ、再放送行為該当性の判断については技術的観点ではなく規範的な観点から行うべきであるとしていることは、一見すると矛盾した解釈のようにも思われるが、前者は、規範的観点から複製行為主体を解釈することにより、複製行為主体の範囲が過度に拡張され、行為者の予測可能性を害することを防止するための解釈であり、後者は、技術的な観点から「再放送」の意義を解釈することにより、再放送権の対象となる伝達行為の範囲が過度に広範となり、行為者の自由が害されることを防止するための解釈であり、いずれの解釈も、行為者側の利益に配慮したものであるから、特に矛盾するものではない。ドイツ著作権法は、放送権を公の再生権の一種と位置づけつつ、「再放送」に

²⁰ 最判平成23年1月18日民集65巻1号121頁〔まねきTV事件〕参照。

については特段の定義を設けていないため、文言上、「再放送」の定義に該当する伝達行為のうち、「公の再生」行為というに値するものを再放送権の対象とするという本判決の解釈手法は妥当なものといえることができる。

一方、我が国では、サービス事業者がアンテナから受信した放送を複製機器等に入力する行為がそれ自体として公衆送信権侵害となるのか、という点は必ずしも明らかではない²¹。しかし、我が国著作権法の解釈としても、このような行為を「公衆送信」(2条1項7号の2)と捉え(かりに「公衆送信」に当たるとすれば、「有線放送」(2条1項9号の2)に該当するであろう²²)、公衆送信権侵害の成否を論じることが不可能ではないであろう²³。放送の録画視聴サービスは、放送を受信し視聴することが困難な状況にあるユーザーを対象として、業者が放送を受信し、ユーザーに視聴させることを目的としたものであり、放送を受信しユーザーの複製機器へと伝達する業者の行為は放送の録画・視聴サービスにおいて最も重要な行為といえることができるから、文理上特に支障がないのであれば、かかる業者の行為自体を独立の意義を有する著作物の利用行為と捉え、当該利用行為に直接著作権の効力を及ぼすことは不合理なことではない。我が国のロクラクⅡ事件最高裁判決は、サービス事業者が放送を自己の管理・支配下にある複製機器に入力している点を重視して、サービス事業者の複製権侵害を認めているが、同判決のようにサービス事業者の侵害責任の主たる根拠を複製行為そのものではなく、その前段階の放送の複製機器への入力行為に求めるのであれば、当該入力行為自体を侵害行為と構成する解釈も十分に成り立ち得るものといえよう²⁴。

²¹ まねき TV 事件ではこの点が争われ、第1審(東京地判平成20年6月20日(平成19年(ワ)5765号))及び控訴審(知財高判平成20年12月15日判時2038号110頁、130頁)は公衆送信権侵害とならないと判断したが、最高裁(最判平成23年1月18日・前掲注20))はこの点に関する判断を示していない。

²² 茶園成樹〔判批〕三山峻司先生＝松村信夫先生還暦記念刊行会編『最新知的財産判例集－未評釈判例を中心として』508頁(青林書院・2011年)参照。

²³ 近藤恵嗣〔判批〕L&T44号64頁(2009年)、青木大也〔判批〕ジュリスト1410号130頁(2010年)参照。もともと、放送の複製機器への再伝達行為を「公衆送信」と捉えることができるとしても、我が国の著作権法は同一構内で送受信が行われる場合を「公衆送信」から除外しているため(2条1項7号の2かっこ書)、当該伝達行為に公衆送信権の効力を及ぼすためには、例外規定の適用を排除することが必要となる。この点は、「演奏」等と「公衆送信」の概念整理を図ることを目的とした例外規定の趣旨解釈として、録画・視聴サービスにおける放送の再伝達行為には例外規定は適用されないと解釈することが妥当であろう(青木・前掲131頁参照)。

²⁴ 同じことはまねき TV 事件最高裁判決(前掲・注20)参照)についても言える。同事件は、インターネット回線を通じてユーザーが選択した放送を転送し、ユーザーに視聴させるサービスについて送信可能化権及び公衆送信権侵害の成否が争われた事案である。判決は、サービス事業者がアンテナから受信した放送を自動送信装置(ベースステーション)に入力しているという事情を重視し、自動送信装置から各ユーザーの端末への送信の主体がサービス事業者であると認定し、サービス事業者の送信可能化権及び公衆送信権侵害を肯定している。しかし、サービス事業者の侵害責任の主たる根拠が受信した放送を自動送信装置に入力することに求められるのであれば、当該入力行為自体を侵害行為と構成する解釈も十分に成り立ち得るものといえよう。

②放送・有線放送事業者の契約締結義務

ドイツ著作権法は、放送の再放送について放送・有線放送事業者の契約締結義務を定めている(87条5項)。したがって、本件において、サービス事業者の行為が再放送権の対象になるとしても、サービス事業者は相当な条件の下で本件サービスを提供することが可能となる。この点で、本判決が複製権侵害を肯定した下級審判決を破棄し、本件を再放送権侵害の問題として処理している点は重要な意味を持っている。本件サービスが一般ユーザー、とりわけ海外居住者にとって利便性の大きいものであることに鑑みれば、本件サービスの提供自体を自由としつつ、権利者に相当の報酬を還元するという取り扱いは権利者とサービス事業者・ユーザー間の利害調整の在り方として一定の合理性を有すると思われる。立法論であるが、こうした方向性は今後の我が国の法制度を考える上でも参考になるものといえよう。

以上