

# 保全抗告状

平成17年6月15日

東京高等裁判所 御中

抗告人代理人弁護士 春日 秀文



当事者の表示 別紙当事者目録記載のとおり

上記当事者間の東京地方裁判所平成16年(モ)第15793号仮処分異議申立事件について、同裁判所が平成17年5月31日にした仮処分決定認可の決定に対し不服があるので、保全抗告の申立てをする。

## 保全抗告の趣旨

- 1 原決定を取り消す。
- 2 東京地方裁判所が同裁判所平成16年(ヨ)第22093号著作隣接権侵害差止請求仮処分命令申立事件について同年10月7日にした仮処分を取り消す。
- 3 相手方の上記仮処分命令の申立てを却下する。
- 4 訴訟費用は、原審、抗告審とも相手方の負担とする。  
との決定を求める。

## 保全抗告の理由

### 第1 訴訟の経緯

- 1 相手方(債権者)は、東京地方裁判所に対して、抗告人を債務者として、著作隣接権を被保全権利として、抗告人が「録画ネット」との名称で運営している放送番組の複製・送信サービスにおいて、放送に係る音又は映像を録音又は録画の対象としてはならない旨の仮処分命令の申立てを行い(同裁判所16年(ヨ)第22093号)、平成16年10月7日、同決定を得た。
- 2 これに対して、抗告人は、同裁判所に対し、保全異議の申立て(同平成16年(モ)第15793号)を行ったところ、同裁判所は、平成17年5月31日、同保全異議の申立てを認めず、本件仮処分決定を認可した。

第2 不服の内容（原決定第3に沿って主張する。ア、イ等は一致しないときもある。）

1 変更前の本件サービスにおける放送の複製の主体について

(1) 著作権法30条1項等

ア 原決定は、海外赴任者が従来の自宅にテレビアンテナが接続されたテレビパソコンを置いて、インターネットで自己のパソコンに接続して放送を録画し、それを海外の自己のパソコンに転送する行為は、著作権法102条1項、30条1項により適法であるという。また、日本の自宅で使用するためのテレビパソコンに各種ソフトウェアをインストールして販売する行為も、違法となることはないという。

これら各行為が適法であることはあたりまえであるが、かかる行為のみが著作権法上適法だとすると、インターネットの発達、テレビパソコンの普及というインフラ・文明の利器を利用する利益が奪われてしまい妥当でない。

イ 原決定はこのような録画についての業者の関与が高まるについて、海外邦人の複製行為自体が違法となり、業者の行為も共同行為や教唆又は幫助となるという。

しかし、業者の関与がなく海外在留邦人のみが複製の主体であると認められる場合、業者がどのような態様で関与したとしても、その関与行為は、幫助または教唆以外ありえない。しかるに、原決定は、業者の関与の程度が高まることにより、在留邦人の行為は業者との共同行為となるという。この理屈は破綻している。すなわち、在留邦人の行為がいったん単独による複製行為であると認定されている場合において、業者の関与により両者が複製の主体となるときは、在留邦人による複製行為と、業者による複製行為の2つの単独行為が認められることになるはずである。両者の行為が共同行為であると認められる場合は、複製行為について共同意思にもとづく共同行為の分担が必要である。いいかえると、在留邦人の行為単独では、複製していると認められないことを要し、業者の行為もそれ単独では複製行為とは認められないはずである。にもかかわらず、いったん在留邦人の複製行為が認められたときに業者の関与により共同行為を認めることは、業者の関与によりいつのまに

か在留邦人の行為の内容が変質することを認めることにほかならず、かようなことはありえない。

なお、原決定は、業者の関与により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器に該当することもあるという。しかし、本件では、抗告人があずかっているパソコンはその所有者のみが使用できる機器であるから、公衆の用に供する自動複製器云々をすることは不要である。また、業者が録画についていかに関与したところで、機器の性質が変化することは無い。

ウ 原決定は、上記のとおり論理的に破綻しているが、さらにその誤った理屈を前提に、複製主体の認定は、本件サービスにおける債務者の管理・支配の程度と利用者の管理・支配の程度等を比較衡量して決すべきだという。

まず、上記のとおり誤った理屈を前提にしており、かかる複製主体認定のロジックも当然に誤りである。

次に、管理・支配の程度を云々すること自体が不当である。すなわち、かかる発想は、クラブ・キャッツアイ事件最高裁判決（最高裁昭和63年3月15日第3小法廷判決）を土台としている。しかし、同判決は事例判例であり、条文の文言を解釈し著作物の利用者を認定する要件を定立したわけではない。また、同判決は、カラオケスナックの営業において客にカラオケ歌唱の機会を提供することに伴う音楽著作権の利用が店による演奏権侵害にあたることを判断したものである。本件は、カラオケとは全く関係が無く、しかも演奏権が問題となっているわけでもない。それゆえ、本件について、上記判決は参考となる事案ではなく、同判決につづく下級審におけるカラオケ関連判例もまた同様である。また、クラブ・キャッツアイ事件最高裁判決においては、カラオケ歌唱という形態の音楽著作物の利用について侵害を認めたい、という価値観が先行している。しかし、当時、適法録音物の再生についての例外規定廃止にかかる経過措置（著作権法附則14条、施行令附則3条）があり、カラオケスナックを直接予定した規定がなかった。そこで無理矢理に管理性及び図利性の2要件を用いて技巧を凝らして、実際には歌を唄っているのは客であ

るにもかかわらず、店が歌唱の主体であると認定したものである。そのため、同判決は、何故、管理性及び図利性があれば主体性が認定できるのかについて合理的に説明しておらず、単に「著作権法の規律の観点」と云うにすぎない(なお原決定は、規範の定立の段階では図利性は要件に掲げていない。)。それゆえ、同判決には「擬制的すぎて相当でない」との少数意見も付されている。かような判決を「法理」として扱い、カラオケ事例以外にこのロジックを用いることは、主体性の判断を誤る危険性が大きくきわめて不当である(乙20・上野達弘「ファイルログ事件—東京地裁平成15年1月29日中間判決—」)。著作権法改正によりカラオケ関連案件の処理も可能となった現在、「カラオケ法理」の役割は、もはや消滅した。

ことに、本件のような事例に適用することは不当である。すなわち、インターネットを介して遠隔操作でテレビパソコンでテレビ番組を録画することは、広く普及している。また、個人向けパソコンにはテレビチューナーがほぼ全てとあってよいほど組み込まれている(乙10)。さらに、ソニーのリロケーションフリーテレビ(エアボード)のように、海外で日本のテレビを視聴することに特化した製品が大々的に宣伝され販売されている(乙35)。しかも、パソコンのハウジングサービスも普及しており、ハウジングサービス業者は、顧客の所有するコンピュータ(サーバ)や周辺機器を、回線、空調、電源等の設備を整えた施設で預かり、保守する(乙34)。かような今日、海外在留邦人はじめ本件サービスの利用者は、業者にパソコンを預けたからといって、複製の主体が自分であるに他ならないと認識するし(乙3の1～乙3の37)、自らの行為は著作権法上適法であると信じるのは当然である。にもかかわらず、「管理・支配の程度等を比較衡量」で主体性を云々されることは利用者にとっても業者にとって不意打ちに他ならない。業者によるいかなる関与が適法なのかは、予め国民にそのルールが開示されることを要する。そうでないと、萎縮効果により不必要にインターネットの発達、テレビパソコンの普及というインフラ・文明の利器を利用する利益が奪われてしまう。そして、関与行為の適法・不適法のルールを作成する権限は立法権に専属する(憲法41条)。立法機関が

社会全体に与える影響、関係者に発生する利害得失等を分析のうえ、ルール化すべき事項である（本件の原決定の結論でも、ハウジング業者が預かっているパソコンで複製行為を行ったらパソコン所有者と業者が共同で複製することになり、ハウジング業に大打撃を与えることが容易に想像できる）。裁判所が予見可能性の無い中で、主体認定することは権限逸脱といわざるを得ない。ましてや、断行の仮処分であらゆる業者の息の根を止めることは全くもって不当である。

## （２） 本件における適用

ア 原決定は、「各利用者は、テレビパソコンを所有して録画予約を行っているものであるから、自然的観察により、各利用者の行為を本件放送の複製行為と認めることに何ら困難はない」とし、本件放送の複製を行っているものは各利用者であると認定している。そうすると、利用者は、まさに①個人的に使用することを目的として、②使用する者が複製しているという要件を完全に満たしており、30条1項柱書きにより、その複製行為は適法であるはずである。すなわち、利用者が自らの2台のパソコンを用いて細々と個人的に複製している以上、私的領域における零細な規模の複製である。かような利用者のパソコンが物理的に同じ屋根の下にあっても、個々の複製行為は零細な規模である。しかるに、原決定は複製行為は原告人と利用者との共同行為関係であると認定する。これは上記のとおり論理的に成り立たず、誤りである。すなわち、利用者の行為自体が単独で複製行為として認められる以上、業者が関与したからといって利用者の行為が変化することは論理的にありえない。

## イ 私的複製について

百歩譲って「管理・支配の程度の比較衡量」の基準によっても原告人の関与は弱く、複製の主体は利用者のみである。すなわち、原決定は、原告人が①テレビパソコン及びその内部のソフトウェアの一部、つまりアンテナ、ブースター、分配機、ルーター、ホームページサーバーおよび監視サーバーを所有し、②本件録画システムを設置・管理し、③「しかも」本件サービスが海外に居住する利用者を対象に、

日本の放送番組をその複製物によって視聴させることを目的であるサービスであると宣伝し、④抗告人が毎月の保守費用の名目として利益を得ている。それゆえ本件放送の複製行為は、利用者と抗告人が共同して行っていると認定する。

①および②について。録画の中心は当然ながらテレビパソコンである。この機器の所有権は利用者であり、しかも利用者が原決定認定のとおり録画しているものである。抗告人は利用者からパソコンを預かっているが、その内部に立ち入ることはできず、利用者が何時、何を録画しているかは把握できない。コンピューターにおいては、そのマシンにログインできる者がその機器を排他的に利用できる。いってみれば、賃貸借で鍵の交付を受けた者が貸し室を排他的に利用できることと同一である。よって録画については、利用者の支配がすべてとあってよい。アンテナ、ブースター、分配機およびルーターは、利用者サイドにも設置されているし、これら機器の役割は録画行為にとっては従にすぎない。そもそも、全体の録画システムは、保全異議申立書図4のとおりであり、録画についての管理・支配の程度は利用者の方が遙かに大きい。ホームページサーバーおよび監視サーバーは、二重ログイン禁止、セキュリティ向上のために導入された機器であり、録画自体には何ら係わる機器ではなく、抗告人が著作権保護を意図し、プロバイダとしての責務を全うすべく設けたものである。これら機器が「管理・支配」の構成要素となることはありえない(すでにこれらは取り外し済みであり、後述する。)

③について。宣伝により、複製行為の主体が変動することはありえない。④についても、抗告人が利益を得たからといって、複製行為の主体はあくまで利用者であり、これが変動することは考えられない。

結局、原決定は、宣伝して料金を取っているから、料金は複製の対価だとイメージしているのであろう。しかし、宣伝文句に惑わされてはならない。抗告人は、録画できるパソコンを売り、それを預かって預かり代・保守料金を得ているのが実体である。「ワールドカップサッカーを録画しよう」とのキャッチコピーでハードディスク入り録画器を販売したからといって、代金が録画の対価になるわけではない

ことは当然で、原告人の宣伝についても同様である。預かり代・保守料金は一律であり録画回数等との相関関係は皆無である(原決定6頁b、乙6)。また、月額49.95米ドルという預かり代・保守料金は他のハウジング業者と比べても低廉であり(乙50)、複製代金が入っているとはおおよそ認められない。さらに、「利益を得ている」という要件がここで突然あらわれている。原決定によると「本件サービスにおける債務者(原告人)の管理・支配の程度と利用者の管理・支配の程度等を比較衡量」して決するはずであるのに、何故利益が要件として突然浮上するのか。原告人のビジネスを止めたいという意図が先行し、理屈が追いついていないことを露呈している。

以上のとおり、原決定の摘示する事実によっては利用者と原告人の共同複製行為が認められることはない。

#### ウ 原告人(債務者)の主張に対する判断について

(ア)本件サービスがハウジングサービスであることについては、原決定は、上記のとおり利用者と原告人の共同複製行為を認定した①ないし④の事実を根拠に「本件サービスは、単にテレビパソコンを預かり、空調など環境を管理し、各機器類に電気を供給する等の通常のハウジングサービスの範囲をはるかに超えている」と認定している。

しかし、そもそも、ハウジング業者は録画行為に関与していない以上、本質的には管理・支配は存せず、その程度を云々すること自体ナンセンスである。このことを措いても、通常のハウジングサービスにおいては、高速インターネット提供、空調コントロール、セキュリティドア、監視カメラ、365日24時間常時監視のサービスが提供されており料金も高額である(乙49)。原告人のサービスが通常のハウジングサービスをはるかに超えているというのは、事実誤認も甚だしい。原告人が提供しているハウジングサービスは、通常のサービスよりも低廉でシンプルである。

#### (イ) 利用者の利益について

原決定は、海外在留邦人ら利用者の知る権利（憲法21条1項）、ハウジングサービスを利用しないでテレビパソコンを利用する者との差別的取扱（憲法14条）について一顧もしていないが、これは不当である。いうまでもなく、著作権法の解釈にあたっては文化的所産の公正な利用に留意し、文化の発展に寄与することも考慮を要する（1条）。そして、インターネットの普及、パソコンの進歩、遠隔操作の容易さといった技術の進歩により海外赴任法人が自ら日本のテレビを録画できるようになったのだから、ハウジングサービスを利用したからといったこれを妨げることは不公正といわざるを得ない。文化芸術振興基本法も文化芸術を享受することが人々の生まれながらの権利であることを確認し、国民がその居住する地域にかかわらず等しく文化芸術を鑑賞できる環境整備を求めており（2条）、本件サービスを差し止めることは同法の精神にも反する。さらに、同法が本件のごときテレビパソコンのハウジングサービスを射程に立法されていないことは明らかであり、相手方（債権者）の主張は、あらたなビジネスモデルを中止させるために著作権法を道具に使っているに過ぎない。放送法は、放送が国民に最大限に普及されることを最大の目的としており（放送法1条一）、この点からも相手方の主張は放送法の核心にも反している。

かように、利用者の利益は法的に値し、裁判所の差し止め行為により失わせるべきものではない。本件利用者の行為は、自然的観察からは私的複製という適法行為と認められる。交換目的で音楽ファイルを複製するといった他のサービスの利用者とは根本的に異なり、非難を向ける対象ではなく、それを幫助する原告人も非難されるいわれはない。

### （3） 変更後の本件サービスについて

乙38ないし乙47のとおり、改変は終了済みである。原決定は、仮に変更があったとしても、放送波を受信し、それをテレビパソコンに供給するテレビアンテナは依然として原告人（債務者）所有であることなどから、変更が複製の主体の判断に変更を及ぼさないという。しかし、ホームページサーバー、監視サーバー等を管理



・支配の要素として認定した原決定のロジックに照らせば、これらが無くなったら当然管理・支配の程度は変わるはずである。にもかかわらず、これが関係無いというのは、論理的に不当であるとともに、正に結論先にありきであることを物語っている。

## 2 保全の必要について

原審は、相手方(債権者)が海外でのレンタル事業等により収益を上げられなくなったり、海外のコンテンツ権利者から放送許諾を受けられなくおそれについて疎明させるというが、これらについて証拠は無く、疎明はされていないことは明らかである。仮の地位を定める仮処分命令は、争いがある権利関係について債権者に生ずる著しい損害または急迫の危険を避けるためこれを必要とするときに発することができる(民事保全法23条2項)。本件仮処分決定がこの要件を満たしていないことは明らかである。

被保全権利についても上記のとおり、その疎明は無い。また、レンタル事業に対する影響力があると考える合理性はないし、そもそもテレビパソコンを自ら購入して海外からこれを遠隔操作してテレビ番組を複製している者の数はハウジングサービス利用者と比べて圧倒的に多いことは明らかであり、抗告人のサービスが放送局に与える影響など、絶無といってよい。

さらに、本訴になって抗告人が敗訴したら、サービスが止まり弁償できなくなるということを必要性にあげるが、これは主客転倒である。本件仮処分が無ければ事業は継続できるため、抗告人の支払能力は増進するのであり、本件断行の仮処分こそ、抗告人を無資力に陥れるものである。

## 3 まとめ

抗告人の「録画ネット」事業は、抗告人の社員2名が海外赴任の不便さを実感し、これを解決すべく、既存の技術を用いて、法令遵守のうえ、著作権者に迷惑がかからないように多重ログイン禁止等の措置まで導入して始めたものであり、しかも、そもそもハウジングサービスは、当然適法である。さらに、抗告人は仮処分決定を

受けて業務変更し、管理・支配の要素を払拭した。

一方で、利用者の行為は、自然的観察上は複製の主体であると認められ、まさに①個人的に使用することを目的として、②使用する者が複製しているという要件を完全に満たしているし、利用者が違法コピーを企んでいるわけでもない。さらに、私的領域における零細な複製は適法とする30条の趣旨にも合致する。すなわち、利用者が自らの2台のパソコンを用いて細々と個人的に複製している以上、私的領域における零細な規模の複製にほかならない。かような利用者のパソコンが物理的に同じ屋根の下にあっても、あくまでも個々の複製行為は零細な規模であるし、サーバーの内部はログイン権限を独占する利用者の排他的管理の下にある。

これら業者にも、利用者にも何らやましいところがない本件で、わざわざ「管理・支配」という理屈を用いて主体認定することは不当である。かかる要件を用いても、やはり複製の主体は利用者のみである。さらに、保全の必要性の疎明もない。

しかも、テレビパソコンの遠隔操作はトレンドであり、ハウジングサービスを利用したからといって私的複製であることに変わりないとの意識が一般的といわざるを得ず、さらに「管理・支配の比較衡量」など、通常人ができることでなく、不意打ち認定は避けるべきである。

かように、そもそも被保全権利が無いし、仮にあっても業務変更により消滅している。さらに、保全の必要性も無い。にもかかわらず原決定は本件仮処分を決定を認可したので、原決定の取消しを求めて、保全抗告の申立てをする。

## 疎明方法

1 乙第50号証                      ウェブページ広告「メディアコネクト」

## 添付書類

- |   |       |    |
|---|-------|----|
| 1 | 乙号証   | 1通 |
| 2 | 資格証明書 | 2通 |
| 3 | 訴訟委任状 | 1通 |