

直送済

平成16年(モ)第15798号 保全異議申立事件

債権者(被申立人) 株式会社テレビ東京

債務者(申立人) 有限会社エフエービジョン

準備書面1

平成17年3月23日

東京地方裁判所民事第40部 御中

債権者(被申立人) 代理人

弁 護 士 尾 崎 行 正



同 飯 塚 孝 徳



同 岩 知 道 真 吾



債権者(被申立人。以下「債権者」という。)は、債務者(申立人。以下「債務者」という。)の平成17年2月23日付準備書面(1)の主張に対し、以下のとおり反論する。

第1 債務者準備書面(1)に対する反論

1 「第1 複製主体認定のための重要な事項について」について

債務者は、答弁書別紙2「サービス事業A」の図はハウジングサービスの実体を反映しておらず間違っていると主張する。しかし、典型的な

ハウジングサービス（テレビアンテナの設置やアンテナケーブルの接続等がない一般的なハウジングサービス）を利用している利用者が放送番組をハウジング業者に寄託しているコンピュータに複製、保存等しようとする場合には、放送番組の流れは答弁書別紙2「サービス事業A」の図のとおりとなることは明らかであり、何ら誤りはない。むしろ債務者準備書面（1）の別紙2の図の方こそ間違っている。すなわち、インターネットは、別紙1のとおり、利用者（図では「ユーザー」）とハウジングサービス事業者に寄託したコンピュータとの間に存在しているのであり、また、利用者がインターネット上のウェブサイトには置かれている楽曲および動画等のコンテンツをダウンロードする場合には、インターネットに接続している手元のパソコンから直接当該ウェブサイトにアクセスして行うのが通常である。要するに、インターネット上のコンテンツを取得する際に、寄託したコンピュータを経由する必要はなく、利用者は、ハウジングサービスとは無関係にインターネット上のコンテンツを取得することができるのである。そして、そのようにして取得したコンテンツを、寄託したコンピュータに複製することがあるとしても、その際のコンテンツの流れは、答弁書別紙2「サービス事業A」の図のとおりとなる。

なお、債務者は、利用者がハウジング業者に寄託したコンピュータを手元のパソコンからインターネット経由で遠隔操作し、そこから更にインターネットを経由してウェブサイトにアクセスするというケースを敢えて持ち出しているが、上記のとおり、ウェブサイトにアクセスする際に寄託したコンピュータを経由する必要はないのであるから、このようなケースは、典型的なハウジングサービスとは全く異なっている。

## 2 「第2 システムについて」について

債務者は、利用者側の機器と利用者の意思・行為のどれ一つ欠いても、

本件サービスにおいて録画は一切行われないのであるから、債務者側の機器をもって録画システムと認めることはできないと主張する。しかし、いわゆる録画代行サービスでも、利用者が電話等で録画の注文をしなければ、録画が行われることはないが、そうであっても注文後に行われる録画の主体が録画代行業者であることには代りがないのであるから、債務者の主張は全く失当である。

また、債務者は、複製行為の主体を判断するに当たっては、複製行為にかかる始点から終点までに欠くことのできない構成要素の全てを考慮に入れなければ、正当な評価とはいえないと主張する。しかし、本件サービスにおいては、債務者により調達、設置され、かつネットワーク回線およびテレビアンテナ回線で接続されたアンテナ、テレビパソコン等の機器の中で放送番組の複製の過程はすべて完結しているのであるから、原決定の評価はまさに正当である。そもそも債務者の主張する「複製行為にかかる始点から終点」とはどの時点からどの時点までを指しているのかが定かではないが、著作権法上、「複製」とは、「印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により有形的に再製すること」をいい（著作権法上2条1項15号）、仮に債務者が録画予約操作やテレビパソコンから利用者側のパソコンへの放送番組もの送信行為までも複製行為の欠くことのできない構成要素と考えているのであれば、それは全くの誤りである。複製行為を利用者の録画予約は単なる注文行為であり、複製行為の一部を構成するものではなく、また、テレビパソコンから利用者側のパソコン等への送信行為は、複製完了後の行為（複製物の単なる配達行為）であり、複製行為の一部を構成するものではない。

### 3 「第3 ハウジングサービスについて」について

#### (1) 「1 ハウジングサービスで提供されるサービス」について

債務者は、債務者が提供するサービスのうち、ハウジングサービス

でも標準的に行われているサービスは、録画行為の主体における「管理・支配」とは無縁であると主張するが、かかる主張の論拠は全く不明である。たとえ本件サービスに、典型的なハウジングサービスで提供されているサービスと同様のものがあつたとしても、本件サービスにおける複製の便宜に供されているものであれば、いずれも債務者の複製行為に対する管理・支配性を強化する要素であることには何ら変わりがない。

(2) 「3 ハウジングと録画ネットの違いに関する指摘について」について

ア 目的について

債務者は、本件サービスの目的もハウジングサービスの目的も同一であると主張する。しかし、典型的なハウジングサービスは、利用者が手元のパソコンで既に保有している楽曲や動画その他のコンテンツを寄託したコンピュータに複製、保存等することが目的なのであって、ハウジングサービスを通じて、利用者が保有していない新たなコンテンツの供給を受けるわけではない。これに対して、本件サービスは、専ら海外在留邦人に放送番組を録画視聴させることを目的としたサービスであり、本来は利用者が取得できないコンテンツ（放送番組）をテレビパソコンに供給して複製することをサービスの本質とする点で、全く目的・本質が異なっている。

イ アンテナの接続について

債務者は、テレビチューナーは、それ自体テレビ電波を受信する能力を有しており、アンテナケーブルを接続しなくても、テレビパソコンは電波を受信することができると主張するが、本件サービスにおいては、現実には債務者によってアンテナが設置され、アンテナケーブルがテレビパソコン（テレビチューナー）に接続されてい

るのであるから、かかる主張は全く無意味な主張である。乙42号証の10月13日の「お知らせ」において、「裁判所の決定に従って、アンテナを取り外しました。事実上、録画ができなくなりました。」とされていることから見ても、本件サービスにおいてアンテナが不可欠であることは明らかである。

また、債務者は、アンテナケーブルを接続する行為はテレビパソコンが本来持っている機能を幫助しているにすぎないと主張するが、本件サービスにおいて現実に録画されている放送番組は、債務者が設置したアンテナで受信され、ブースター、分配機を經由してアンテナケーブルを通じてテレビパソコン（テレビチューナー）に供給された放送番組なのであり、債務者が当該放送番組をテレビパソコンに供給しているのもであって、テレビパソコンが本来持っている機能の幫助というのは全くの詭弁にほかならない。

さらに、債務者は、アンテナが接続されても、どの番組を受信するかは、利用者の自由意思によって選択されていると主張するが、これは事実と反する。すなわち、放送番組の受信は、利用者の自由意思によって選択されているわけではなく、全ての放送番組が債務者の設置したアンテナで受信され、アンテナケーブルを通じてテレビパソコン（テレビチューナー）に入力され続けている。債務者が受信して供給した放送番組のうちいずれの放送番組を録画するかについては録画予約を行う利用者の意思にかかっているが、どの放送番組をアンテナで受信するかは利用者の意思とは全く無関係である。どの放送番組を受信するかは、実際にはどの放送地域にアンテナを設置するかという債務者の意思にかかっているものであり、本件サービスにおいては、債務者が設置した地域において受信できる放送番組しか録画することはできない。

なお、債務者は、債務者を含めた国民は、放送番組を受信できる権利があると主張するが、放送番組を受信できるのは、本来その放送地域内の者であって、このような特定の放送地域に向けて放送された放送番組を債務者のような事業者が受信し、これを放送地域外の者に録画視聴させて利益を得ることは到底許されるものではなく、そのような権利など一切存在しない。

### (3) コンテンツの流れについて

債務者は、本件サービスにおけるコンテンツの流れは、ハウジングサービスと全く同じであると主張する。しかし、前述のとおり、典型的なハウジングサービスでは利用者側がハウジング業者に寄託したコンピュータにコンテンツを供給しなければならないのに対し、本件サービスでは、債務者が設置したアンテナで受信した放送番組をアンテナケーブルテレビパソコン（テレビチューナー）に接続し、放送番組を入力し続けている点で、全く異なっている。

## 4 「第4 利用者について」について

### (1) 本件サービスとテープダビング業者、カラオケスナック、カラオケボックス事件との比較

債務者は、3業種とも、利用行為の手段として供される機器は、事業者が所有しており、利用者が排他的に利用していた例はないと主張するが、これは全くの誤りである。カラオケスナック、カラオケボックス事件判決の事案においては、歌唱（演奏）の手段として供されているのは歌唱者が排他的に支配している自身の身体であるにもかかわらず、当該歌唱行為につき、業者の管理・支配性および利益の帰属から、歌唱（演奏）の主体は事業者としているのである。また、カラオケ機器も、利用者が室内で歌唱（演奏）している間は本件サービスと同様に当該利用者のみが排他的に利用することができる。

また、債務者は、利用者から徴収している対価はハウジングサービスの対価であると主張するが、利用者は、本件サービスが日本の放送番組が録画視聴できるサービスでなければ、利用者は本件サービスに加入する者はいないのであるから、ハウジングの対価ではなく、かかるサービス自体の対価である。このことは「録画ネット」との名称、本件サービスの宣伝広告からしても明らかである（甲1の1）。

なお、債務者は、本件サービスの利用者の認識は、単純に自分の機器を預けているという認識に留まっているかのように主張するが、利用者の認識を問題にするのであれば、なぜ債務者に機器を預けるのかということこそが重要である。本件サービスの利用者が債務者に機器を預けるのは、まさに本件サービスによって海外から日本の放送番組を録画視聴することができるからであり、このことは、本件サービスの本質が単なるハウジングサービスではないことを示すものである。

## (2) 「第5 決定の不当性」について

債務者は、テープダビング業者、カラオケスナック、カラオケボックスなどの一連の判例を本件サービスに当てはめるのは誤っていると主張する。しかし、クラブ・キャッツアイ事件判決（最高裁昭和63年3月15日民集42巻3号199頁）及びその後の一連のカラオケボックスに関する下級審判例が示した著作物の利用行為の主体の判断についての基本的枠組みは、本件サービスにおける複製行為の主体の判断にも当てはまるものである。

また、債務者は、私的複製を盾にとって、人の財産や著作物をインターネットで交換しても良いのだとか、通信の形式を取れば著作権者の利益が損なわれてもかまわない等と論じているわけではないと主張する。しかし、本件サービスのFAQ（甲1の7）の「Q3-2」では、「Q 放送中のテレビ番組をリアルタイムで視聴できます

か？」という問いに対し、「録画ネットはテレビパソコンのハウジングサービス事業者です。たとえ自分のテレビパソコンであっても、ライブで日本のテレビ番組を流す事は、放送的な事業を行うことになると考えております。言い方を変えると、放送事業者各社が苦勞して作り上げたテレビ番組を無断で再配信している事と限りなく同義とも考えております。」と記載されている。このような記載を見る限り、債務者は、放送事業者の利益が損なわれることを十分に認識しながら、「私的複製を盾にとって」本件サービスが適法であると強弁しているというほかない。

さらに、債務者は、ユーザーレベルでは適法であるかのように主張しているが、本件サービスの場合には、平成16年9月22日付債権者準備書面2で述べたとおり、仮に債務者が複製主体ではないとしても、著作権法30条1項1号により適法な複製となるものではない。また、従前から繰り返し指摘しているとおり、カラオケに関する一連の裁判例でも、ユーザーレベルでは適法な行為（ユーザーが演奏主体とすれば、そもそも公の演奏に該当しないし、仮に該当するとしても、著作権法38条1項によりユーザーレベルではカラオケ装置による演奏ないし上映あるいは歌唱による演奏はいずれも適法な行為となる。）について、著作権法上の規律の観点から事業者を利用主体と解しているものである。

### (3) 他のサービスとの比較

#### ア インターネット上のストレージサービスとの比較について

債務者は、インターネット上のストレージサービスと本件サービスは、コンテンツがインターネットから入ってくるという部分が唯一の違いであると主張するが、繰り返し述べてきたとおり、典型的なストレージサービスやハウジングサービスと本件サービスとは、



サービスの目的が全く異なっており、また、本件サービスでは債務者がアンテナを設置し、アンテナケーブルをテレビパソコンに接続することによってアンテナで受信した放送番組をテレビパソコンに供給している点でも、根本的な相違がある。

#### イ ホテルのケースとの比較について

債務者は、ホテルが客室にビデオデッキを設置し、宿泊客に当該ビデオデッキで放送番組を録画させるケースを想定し、この場合も許諾がなければ、違法なサービスとなると主張する。

そもそも、専ら放送番組を複製して視聴させることを目的としている本件サービスとホテルとは、サービスの本質が全く異なっている以上、両者を比較すること自体、合理性を欠いていると言わざるを得ないが、仮にホテルが専ら宿泊客に放送番組を録画させることを目的として、ビデオデッキを設置して宿泊客に放送番組を録画させるサービスを提供しているとすれば、当該サービスにおける個別・具体的な事情にもよるが、ホテルが複製の主体となり、そのようなサービスは違法となる可能性がある。また、宿泊客に利用させることを目的として設置されたビデオデッキは、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（著作権法第30条第1項第1号）に該当するから、仮に複製の主体が宿泊客だと判断される場合でも、結局宿泊客による複製は違法となる。いずれにしても、債務者の主張は、本件サービスが適法であることの何らの論拠とはならない。

#### 5 その他の主張について

債務者は、アメリカにいる利用者がテレビパソコンにアクセスするためには、インターネット上に存在する20以上もの他人の管理するルーターを経由するのが通常であり、債務者が管理しているのは20のうち

のわずか1つにすぎないと主張する（債務者準備書面（1）第6、1）。しかし、インターネット上で何個のルーターを経由しようとも、テレビパソコンへアクセスするためには必ず債務者の調達、設置したルーターを経由しなければならないのであり、当該ルーターは他のルーターとは決定的に異なる役割を果たしており、上記債務者の主張は全く失当である。当該ルーターは、本件サービスを実現するために債務者がシステムの一部として組み込んだものであって、本件サービスとは無関係に存在するルーターと意味合いが異なるのは当然である。

債務者は、ソフトウェアによる規定は、一般的なビデオデッキで録画する程度の自由度は保たれており、複製行為の管理・支配性を強めるといふ主張は不当であると主張する（同準備書面（1）第8）。しかし、本件サービスにおいて、利用者によるテレビパソコンの操作が債務者のインストールしたソフトウェアに従った録画予約操作に限定されているということには何ら変りがなく、かかる事情は複製行為の管理・支配性を強める事情であることは明らかである。

## 第2 本件における法的判断枠組みの概要

本件のように、事業者が著作物（放送番組を含む。以下同じ。）を複製するための機器の設置・管理を行い、これを個人顧客に操作させることによって、著作権者（放送事業者を含む。以下同じ。）の許諾を得ない著作物の利用行為が行われる場合に、事業者が著作権法112条にいう「著作権者、著作権者、・・・を侵害する者又は侵害するおそれがある者」（以下「著作権を侵害する者」という。）に該当し、同条に基づく差止請求の対象となるか否かの判断枠組みを、論理的な順序に従って改めて整理すると、次のとおりである。

### (1) 事業者の複製行為主体性の判断

事業者が複製行為を行う主体であると判断される場合には、事業者

の複製行為が、私的使用目的複製として合法になる余地はない（事業者に関して「私的使用」を観念する余地がない）から、事業者は、著作権を侵害する者であることになる。

(2) 法30条1項による権利制限の有無の判断

事業者が複製行為を行う主体ではないと判断される場合には、個人顧客が複製行為の主体であるということになる。この場合にはじめて、個人顧客による複製行為が、私的使用目的複製として法30条1項により適法となるかどうかの問題となる。同項の要件を全て満たすと判断される場合には、顧客による複製行為は適法となり、事業者は、顧客による適法な行為に関与しているにすぎないと評価されるので、著作権侵害をしていることにはならない。

(3) 顧客による複製行為が違法であると判断される場合における事業者に対する差止の可否の判断

同項の要件のいずれかを満たさず、顧客による複製行為が違法と判断される場合には、事業者は、複製の主体ではないが顧客による違法複製行為に加担している者として、著作権法112条にいう著作権を侵害する者に該当すると言いうるかどうかの問題となる。

本件において、債権者は、上記(1)の判断において、複製行為の主体が債務者であり、よって債務者の行為は差止の対象となる旨主位的に主張し、原決定もそのように判断した。なお、仮に上記(1)の判断において債務者が複製行為の主体ではないと判断されたとしても、本件において顧客の行為は30条によっても合法とされることはないことについては、原審準備書面2のIIにおいて、予備的主張として詳述している。

第3 本件サービス類似のサービスにおける複製の主体

1 序

債務者は、当異議審において、原決定後本件サービスの内容を変更し

たので、債務者は複製行為の主体ではない旨主張する。しかし、債務者が主張する本件サービスの変更は、答弁書Ⅲにおいて詳述したとおり、債務者が複製行為の主体であるとの判断に何らの影響も及ぼさない。

更に、一步進んで考えても、本件において債務者が行っているような、インターネットを通じて顧客が録画予約をすることができる録画機器を事業者が預かるサービスの場合には、少なくとも、「インターネットを通じて顧客が録画予約をすることができ、これに沿って放送テレビ番組の録画がなされるように設置した録画機器を、事業者がその継続的な直接占有下で管理する」という要素があれば、他の要素を考慮するまでもなく、事業者が録画の主体であると判断されるべきである。以下詳述する。

なお、以下で述べるところは、債務者が行っているサービスと類似性を有するサービスを想定した場合に、少なくとも上記のような要素を備えていれば、事業者が複製の主体であり、したがって放送事業者による差止の対象となると判断されることを明らかにするに留まるものである。このような要素を具備していないサービスについては、具体的なサービスを前提にせずに本件において議論することは不可能でありその実益もない。よって、以下の議論は、上記のような要素を具備しない何らかのサービスについて、事業者が著作物の利用行為の主体とならないということを述べるものではなく、ましてやこのような要素を具備していない何らかのサービスが適法であると述べるものでもない。

## 2 カラオケ関連判例により示された判断基準に基づく検討

### (1) カラオケ関連判例の本件への妥当性

主体性の判断を、著作物の利用についての管理性及び利益の帰属性により判断する考え方による場合には、最も参考にされるべきは、カラオケスナック及びカラオケボックスに関する判例（以下「カラオケ

関連判例」という)である。

これは、カラオケ関連判例としては、カラオケスナックに関する最高裁の判決(最高裁昭和63年3月15日判決・民集42巻3号199頁)、及びこれを受けたカラオケボックスに関する東京高裁の判決(東京高判平成11年7月13日・判時1969号137頁)をはじめ多数の判例の蓄積があるからである(各判例の位置づけ等、詳しくは、原審準備書面2のI第1参照。)。さらには、カラオケ関連判例は、いずれも、顧客が利用行為の主体であると仮定するならば、当該利用行為が支分権の規定自体(カラオケボックスの場合、「公に」演奏していない)または権利制限規定(38条1項)により適法となる事案について、事業者の主体性の判断が行われた判例である。この点でも、顧客の行為は私的使用目的複製に該当するとして債務者により同様の主張がなされている本件との共通性があることにも留意する必要がある。(ただし、顧客の行為は私的使用目的複製に該当するとの債務者の主張自体誤りであることは、債権者が原審準備書面2の予備的主張において明らかにしているとおりでである。)

そこで以下では、カラオケ関連判例において、主体性判断の事情として考慮された事情を類型化して整理の上、これと、「インターネットを通じて顧客が録画予約をすることができ、これに沿って放送テレビ番組の録画がなされるように設置した録画機器を、事業者がその継続的な占有下で管理する」というサービス(以下「ネット予約番組録画機器受託サービス」という)を比較し、ネット予約番組録画機器受託サービスにおいては、より事業者を主体と認めるべき事情を備えていることを明らかにする。ただし、以下の検討は、カラオケ関連判例の認定要素を個別的に類型化してネット予約番組録画機器受託サービスと比較検討した場合にも、ネット予約番組録画機器受託サービス

においては、常に、カラオケ関連判例における以上に事業者による管理及び事業者への利益の帰属が認められるため、事業者が主体であると判断される、ということを示すためのものにすぎない。本来、利用態様やサービスの実際が全く異なる両場面では、カラオケ関連判例において示された判断基準を、著作物の利用についての事業者の管理性及び事業者への利益の帰属という高次において抽象化した上で、各サービスに即した総合的な判断がなされるべきものである。

## (2) カラオケ関連判例に示された判断事情の類型化

カラオケ関連判例で管理性を認定した事情を整理すると、別紙2「カラオケ関連判例における主体性判断の事情と本件との比較」のとおり、①利用機会への誘導、②利用される著作物の範囲の画定、③装置の設置、④装置の操作またはその補助、の4つの要素に集約されよう。(なお、カラオケ関連判例のうち、カラオケスナックに関する最高裁判決が参照されるべきことは当然であるが、カラオケボックスに関する東京高裁平成11年7月13日判決が参考とされるべき度合いが高いことについては、原審準備書面2のI第1・1(4)参照。)

そして、ネット予約番組録画機器受託サービスにおいては、これら4つの要素について、カラオケ関連判例と同等またはそれ以上の事業者の関与が認められる。また、これに加えて利益の帰属も認められる。他方、顧客の関与は、カラオケ関連判例と同程度以下である。以下説明する。

## (3) ネット予約番組録画機器受託サービスへの当てはめ

### ア ①利用機会への誘導について

カラオケ関連判例では、利用機会への誘導として、事業者による歌唱の勧誘や、カラオケ再生機器が設置され、再生演奏及び歌唱が行われる場所であるカラオケボックスへ顧客を案内する行為が認定

されている。

ネット予約番組録画機器受託サービスでは、事業者が設置した録画が行われる機器に、顧客がアクセスできるようにするため、事業者においてインターネット回線への接続と接続のための機器の設定が行われ、更にインターネットを通じて機器にアクセスするためのIPアドレス等の情報が、事業者から顧客に知らされることになる。すなわち、カラオケボックス判例において、事業者が、再生演奏・歌唱の場として事業者が用意した個室に顧客を誘導しているのと同様に、ネット予約番組録画機器受託サービスにおいては、事業者が、必ず、録画のために事業者が設置した機器に顧客を誘導することになる。したがって、ネット予約番組録画機器受託サービスにおいては、必然的に、カラオケ関連判例と同等以上の「利用機会への誘導」が認められることになる。

さらに、本件の債務者のサービスにおいては、「録画ネット」とのサービス名下に、本件サービスを録画のために利用することを顧客に対して宣伝・勧誘しており、より強度の「利用機会への誘導」が認められる。

#### イ ②利用される著作物の範囲の画定について

カラオケ関連判例では、利用される著作物の範囲の画定として、事業者が備え置いたカラオケソフト（通信カラオケでは、事業者が契約した通信カラオケ業者が配信する楽曲）の曲目の範囲内で演奏等が行われていることを摘示している。

ネット予約番組録画機器受託サービスでは、事業者がサービスのために提供する一定の場所に、事業者において録画機器を受信可能なように設置維持することになるから、当該場所で受信することのできる放送番組であって、事業者が受信可能となるように設置維持

している放送番組の範囲内でのみ録画が行われることになる。ここで、受信可能となるように設置維持とは、事業者が集合アンテナにより受信して録画機器に送信・入力するような場合はもちろん、室内アンテナや機器の内蔵アンテナによるような場合でも、このようなアンテナによっても十分な受信が可能な設置場所（電波の良好な場所において、電波が遮断される構造でない建物及び建物内の場所を選び、他の機器等との干渉を避けなければならない）を事業者において慎重に選定しなければならないことが明らかであるので、そのような事業者の行為を指している。また、事業者が、録画機器のチャンネル設定（地上波であれば地域によって異なる。）も当然に行うことになる。したがって、ネット予約番組録画機器受託サービスにおいては、必然的に、カラオケ関連判例と同等以上の「利用される著作物の範囲の画定」が事業者によって行われると認められることになる。（なお、このように考えることは、放送事業者の複製権について、法98条が、「放送事業者は、その放送・・・を受信して、その放送に係る音又は影像を録音し、録画し、又は写真その他これに類似する方法により複製する権利を専有する。」（下線は債権者が付した。）と規定していることにも合致する。）

さらに、本件の債務者のサービスにおいては、債務者が用意した屋外集合アンテナにより受信が行われ、これがブースターを介してテレビパソコンに送信、入力されているから、このように債務者により受信、送信、入力、及びチャンネル設定が行われる放送番組の範囲内で録画が行われることになり、強度に、「利用される著作物の範囲の画定」が債務者によって行われると認められる。

#### ウ ③装置の設置について

カラオケ関連判例では、装置の設置に関する事情として、カラオ



ケの演奏装置の設置が事業者によって行われていることと、さらに、装置の操作が顧客によって行われるカラオケボックスの事件では、その操作を事業者において容易にしている事情が付随的に摘示されている。ただし、カラオケ関連判例のうち、カラオケボックス判決の再生による演奏についてはともかく、最高裁カラオケスナック判決、及びカラオケボックス判決の歌唱に関しては、歌唱に用いられているのはあくまでも顧客の身体であり、カラオケの演奏装置はこれにより再生される伴奏に合わせて歌唱が行われるという、歌唱行為とは間接的な関連性が存するにすぎない。

これに比して、ネット予約番組録画機器受託サービスでは、必ず事業者が録画機器を設置し、録画機器のインターネットへの接続を行い、ソフトウェアの設定を行わなければならない（債務者の用意する場所にチャンネルに合わせる設定と、債務者の契約するインターネット回線事業者との接続の設定は最低限行わなければならない。）から、事業者が機器の設置に関して、カラオケ関連判例と同程度以上の関与をすることになる。更に、録画機器は、カラオケの歌唱に関する判例とは異なり、録画そのものを直接行う機器であるから、これらを総合して考えれば、ネット予約番組録画機器受託サービスでは、機器の設置の事情については、必然的に、カラオケ関連判例よりも事業者の関与が強いということになる。（なお、この機器の利用行為との結びつきの直接性の相違については、やはり機器に関連する事情である前記②及び次の④の要素についても同様の指摘をすることができる。）

さらに、本件の債務者のサービスでは、債務者において、アンテナからルーターに至るまでのすべての機器を選定し、集合アンテナからの入力接続を行い、録画予約を容易にするソフトウェアのイ

インストールとその設定を行うのであり、債務者による機器の設定への関与は、これ以上ないほど強いものである。

エ ④装置の操作またはその補助について

カラオケ関連判例では、装置の操作またはその補助も一つの事情として認定しているが、カラオケボックス判決においては、「顧客から求められれば従業員が操作方法を教示」という程度の関与がその事情として摘示されているにすぎず、歌唱に関してはそもそも機器は間接的に歌唱に関連する存在にすぎないということとも相まって、この事情に関する事業者の関与は相当に弱いものでも十分であると考えられていたものである。

ネット予約番組録画機器受託サービスでは、少なくとも、録画機器に接続して録画予約を行うために最低限必要な、録画機器へのインターネットを通じてアクセスする方法や録画予約の方法に関する説明が予め提供されることになるので、録画そのものに使用される機器の操作について、カラオケボックス判決における「顧客から求められれば従業員が操作方法を教示」と同程度以上の事業者による補助が行われると認められる。

本件においては、債務者のホームページ等において、顧客による録画予約の操作に関する詳細な説明が提供されているのであり、カラオケ関連判例と同程度以上の操作に関する補助が、録画に直接使用される機器について提供されている。

オ 顧客による関与の程度について

以上のとおり、ネット予約番組録画機器受託サービスにおいては、事業者による著作物の利用についての管理の度合いは、カラオケ関連判例と同等以上のものが認められるが、顧客による行為を比べてみても、顧客による利用行為への主体的関与度は、ネット予約番組

録画機器受託サービスにおいては、カラオケ関連判例の場合に比して弱いものである。(したがって、そもそも物理的観察としても顧客の行為が録画行為といえないと考えられることについては、原審準備書面2のI第4において述べたとおりである。)

まず、最高裁カラオケスナック判決や、カラオケボックス判決の歌唱においては、顧客は、歌唱が行われる場に臨場し、顧客自身の身体によって歌唱を行うのであるから、これに比してネット予約番組録画機器受託サービス(及び本件サービス)では顧客の関与が弱いことは言うまでもない。

カラオケボックス判決での再生による演奏においては、演奏自体は機器により自動的に行われるのであるが、顧客は演奏の行われる場(個室)に臨場してその個室を所定の時間占有した上、装置の操作を直接装置に触れて行っている。これに比してネット予約番組録画機器受託サービス(及び本件サービス)においては、顧客は複製の行われる場に赴くことはなく、インターネットを通じて録画予約の操作をするにすぎない。そして、ここで録画予約の「操作」と言っているが、その実態は、録画するチャンネル、録画する時間、及び録画品質だけを記述した、ごく短いデータの送信のみにすぎないのである。したがって、カラオケボックス判決の再生による演奏の場合と比べてみても、ネット予約番組録画機器受託サービス(及び本件サービス)における顧客の利用行為への関与の度合いは相当に弱いといえる。

#### カ 利益の帰属について

最高裁カラオケスナック判決では、著作物の利用行為による利益が事業者によって享受されていることが、著作物の利用についての管理性に加えて、主体性判断の事情とされており、これは東京高裁

カラオケボックス判決の歌唱に関しても同様である。ところが、東京高裁カラオケボックス判決の再生による演奏では、利益の享受は事業者を主体とする判断の要因としてあげられていない。これは、歌唱においては、演奏（歌唱）を行っているのはあくまでも顧客の身体であるために、主体性の規範的判断には、利益の帰属をも含めたより総合的な考慮が必要であったのに対し、機器を使用した再生による演奏では、演奏自体はあくまでも機器によって自動的に行われており、顧客が行っているのは、機器の操作にすぎないという事情が大きいと思われる。そして、ネット予約番組録画機器受託サービスにおいても（本件でも同様）、録画自体はあくまでも機器によって自動的に行われるのであり、顧客が行うのは、録画予約という機器の限られた操作にすぎない。

したがって、ネット予約番組録画機器受託サービスでも（もちろん本件でも）、カラオケ関連判例と同程度以上の事業者による著作物の利用についての管理性が認められる以上、利益の帰属の考慮をするまでもなく、事業者が主体であると十分判断しうると考えられる。実際、原決定においても、録画についての管理性のみによって事業者を録画行為の主体と判断しており、利益の帰属については考慮していない。

しかしながら、それでも敢えて、ネット予約番組録画機器受託サービス及び本件において利益の帰属の要素を検討してみても、そこには、カラオケ関連判例と同様の、事業者による利益の享受が認められる。

すなわち、本件サービスにおいては、少なくとも債務者が徴収する月次の費用については、顧客において、自身は受信することのできない放送番組を録画して視聴できるからこそ支払う料金であり、

債務者は録画により直接的に営業上の利益を得ていると言える。

そして、ネット予約番組録画機器受託サービスにおいては、具体的サービスの実情に応じて、その利益の事業者による享受方法は、直接的に顧客から料金を徴収するばかりではない様々な態様があり得るであろうが、営利を目的とする事業者において相応のコスト負担を要するサービスを提供するのである以上、事業者が、放送番組を録画できるようにしていることの見返りとして何らかの営業上の利益を得ていると評価し得ないような場合は想定できない。よって、ネット予約番組録画機器受託サービスにおいても、営業者による利益の享受という要素は常に充足されるのである。

#### キ まとめ

以上検討したとおり、ネット予約番組録画機器受託サービスに該当するサービスであれば、カラオケ関連判例に比して、同程度以上の事業者による著作物の利用についての管理と事業者による利益の享受が必然的に認められるから、かかるサービスにおける録画の主体は、常に事業者と認められることになる。

### 3 ネット予約番組録画機器受託サービスにおいては、顧客による録画予約操作はそもそも複製行為に該当しないこと

#### (1) 顧客による録画予約操作は複製行為の一部にすら該当しないこと

ネット予約番組録画機器受託サービスにおいては、カラオケ関連判例によって確立された判断基準に即した規範的な判断により、常に事業者が録画行為の主体であると判断されることは上述のとおりであるが、ネット予約番組録画機器受託サービスにおいては、そもそも自然的な観察においても事業者が複製の主体であると評価することが適切であるとも考えられる。

このような考え方が債務者の本件サービスに妥当することについて

ては、ジュークボックスにおける演奏の主体に関する従来の理解及び自動公衆送信に関する立法の経緯、並びに複製権に関する過去の文化庁の報告書等を参照しながら、原審準備書面2のI第4で詳述したところであり、同所で述べたところは、ネット予約番組録画機器受託サービス全般についてそのまま妥当すると考えられる。

すなわち、原審準備書面2のI第4で詳述したとおり、事業者が自動複製機器に著作物の複製物を接続し又は権利の対象となる情報を入力し続けている状態でこれを継続的に顧客の用に供するために設置管理している場合には、当該著作物等の複製行為と観念されるのは係る事業者の設置管理行為のみであり、顧客による機器の操作は単なる「複製の求め」であって、何ら複製行為を構成するものではないのである。そして、「インターネットを通じて顧客が録画予約をすることができ、これに沿って放送テレビ番組の録画がなされるように設置した録画機器を、事業者がその継続的な占有下で管理する」というサービスであるネット予約番組録画機器受託サービスは、まさに、「事業者が自動複製機器に・・・権利の対象となる情報（放送番組）を入力し続けている状態でこれを継続的に顧客の用に供するために設置管理している場合」に他ならないから、この考え方によれば常に、ネット予約番組録画機器受託サービスでは、事業者が録画の主体となる。（ネット予約番組録画機器受託サービスにおいては、顧客による予約操作＝予約データの送信は、事業者が自ら用意した著作物を顧客の注文用紙による注文に応じて複製等を行う場合の注文と実態において異ならず、そのような注文がインターネットを介したデータ送信という形でなされたとともに、複製等の利用行為を顧客が行っているととらえることは不自然であるということからも容易に理解できよう。）

## (2) 事業者が主体とならない場合との区別

### ア ハウジングサービスとの区別

上述のような考え方によっても、一般的なハウジングサービスが違法とされることはない。なぜなら、一般的なハウジングサービスにおいては、ハウジングされるコンピュータに接続されるのはインターネット回線のみであり、事業者において、自動複製機器に著作物の複製物を接続したり、権利の対象となる情報を入力し続けたりするようなことは行わないからである。

### イ ビデオデッキの販売との区別

また、上述のような考え方によっても、ビデオデッキの販売や、ビデオデッキの個人顧客の自宅への設置サービスが違法とされることもない。これらの場合には、放送番組を入力し続ける主体は、アンテナからビデオデッキまでの伝送路を占有管理する顧客となるし、事業者は機器の継続的管理も行わないからである。

## 第4 本件サービスの目的ないし本質

- 1 本件サービスは、「ネット予約番組録画機器受託サービス」であり、本件サービスにおいて行われる放送番組の録画の主体は事業者であると解すべきであるが、このことは、サービスの目的ないし本質に照らしてもよく理解できるところである。
- 2 債権者らの放送は、限定された放送区域での視聴を前提として行われており、その区域外では受信することができない（そのことを前提として債権者らは国内外の権利者から放送許諾を得ている）。

「ネット予約番組録画機器受託サービス」は、事業者が放送区域内において録画機器を受信可能なように設置・維持するとともに、インターネットへの接続やソフトウェアの設定、録画予約の方法に関する説明等を提供することにより、利用者が放送区域内に居住していなくても「複

製の求め」(簡単な録画予約操作)をすることで放送番組を視聴できるようにすることを主たる目的ないし本質とする継続的なサービスである。そして、このようなサービスが有償で行われる場合には、まさに放送番組(本件サービスにおいては債権者らの放送番組)を視聴できるようにすることに関して対価の授受が行われていることになる。

他方、修理サービスやハウジングサービス等は、修理や機器の保管・設置場所の提供等を目的とするサービスであり、それらの対価が授受されるものであって、放送番組を録画視聴させることを主たる目的ないし本質とするサービスではないから、「ネット予約番組録画機器受託サービス」とは全く異質なものである。

- 3 ところで、著作権法は、著作権者及び放送事業者等にその著作物及び放送(以下「著作物等」という)を複製する権利を専有させており(著作権法21条、98条)、また放送事業者には、放送波を受信してこれを再送信して視聴者に視聴させる権利(再放送権及び有線放送権)を専有させている(同法99条)。

これらの権利を著作権者や放送事業者に専有させているのは、当該利用によって得られる経済的利益を著作権者・放送事業者に帰属させる趣旨であるから、ある著作物等を複製等により利用させることを主たる目的ないし本質とする継続的なサービスであって、それに関する対価が授受される事業を営むには、放送事業者等の許諾が当然に必要となる。

このようなサービスにおいて発生する複製は、その主体が当該サービスを提供する事業者であると解され、事業者には私的使用目的を觀念できないから、私的複製(著作権法30条)に該当しない。のみならず、著作権法30条は、閉鎖的な私的領域における零細な複製については権利者への影響が無視できるほど小さいことから設けられた権利制限規定であり、「外部の者を介入させる複製」を認めるものではない(加戸守行



『著作権法逐条講義 [改訂四版]』 226頁) から、同条によって上記サービスが正当化される余地は皆無である。

- 4 以上のように、「ネット予約番組録画機器受託サービス」においては複製主体を事業者と解すべきであるが、特に本件サービスには、上記2の「ネット予約番組録画機器受託サービス」一般の特徴（事業者が放送を受信可能なように放送区域内に録画機器を設置・維持し、かつインターネットへの接続やソフトウェアの設定、録画予約の方法に関する説明等を提供すること）に加えて、次のような特徴がある。

すなわち、本件サービスでは、①本件保全異議答弁書の10頁、2で詳述したとおり、本件サービスが日本で放送される放送番組を海外に在留する邦人にインターネットを通じて録画視聴させることを目的としたサービスであることは明白であり、債務者自身、異議審においてもこのことを自認していること（異議申立書第1章第6、1、(1)以下参照）、②債務者は、本来視聴できない債務者の放送番組を視聴できることをもって海外在住の利用者を勧誘している上、機器の選定や録画予約を容易にするソフトウェアのインストールとその設定を行うなど、債務者が「お膳立て」を整え、イニシャティブをとって録画視聴を行わせていること、③本件サービスにおいて債務者が徴収する月次の費用は、利用者が自ら直接受信できない債権者らの放送番組を録画視聴できるからこそ支払う料金であること、等の事情がある。これらを考慮すると、本件サービスは、「ネット予約番組録画機器受託サービス」一般を超えて、より明白に「放送番組を視聴できるようにすることを主たる目的ないし本質とする継続的なサービス」と言い得るのであり、かつ、それに関して対価の授受が行われている。

そして、本件保全異議答弁書の25頁、「第2」で詳述したとおり、仮に債務者が主張する「業務改変」があったとしても、それは、本来は本

件サービスには全く不要な無関係の他の機能やサービスを追加等することにより原決定の判断を表面的に免れようとする姑息な弥縫策にすぎず、本件サービスの主たる目的ないし本質に何ら変化を生じさせるものではない。

以 上

別紙 1

